

Europäisches Verfassungsdenken ohne Privatrecht - europäisches Privatrecht ohne Demokratie?

Joerges, Christian (Ed.); Pinkel, Tobias (Ed.)

Veröffentlichungsversion / Published Version
Sammelwerk / collection

Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Joerges, C., & Pinkel, T. (Hrsg.). (2011). *Europäisches Verfassungsdenken ohne Privatrecht - europäisches Privatrecht ohne Demokratie?* (ZERP-Diskussionspapier, 1). Bremen: Zentrum für Europäische Rechtspolitik (ZERP) an der Universität Bremen. <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-62572-3>

Nutzungsbedingungen:

Dieser Text wird unter einer Deposit-Lizenz (Keine Weiterverbreitung - keine Bearbeitung) zur Verfügung gestellt. Gewährt wird ein nicht exklusives, nicht übertragbares, persönliches und beschränktes Recht auf Nutzung dieses Dokuments. Dieses Dokument ist ausschließlich für den persönlichen, nicht-kommerziellen Gebrauch bestimmt. Auf sämtlichen Kopien dieses Dokuments müssen alle Urheberrechtshinweise und sonstigen Hinweise auf gesetzlichen Schutz beibehalten werden. Sie dürfen dieses Dokument nicht in irgendeiner Weise abändern, noch dürfen Sie dieses Dokument für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, aufführen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Mit der Verwendung dieses Dokuments erkennen Sie die Nutzungsbedingungen an.

Terms of use:

This document is made available under Deposit Licence (No Redistribution - no modifications). We grant a non-exclusive, non-transferable, individual and limited right to using this document. This document is solely intended for your personal, non-commercial use. All of the copies of this documents must retain all copyright information and other information regarding legal protection. You are not allowed to alter this document in any way, to copy it for public or commercial purposes, to exhibit the document in public, to perform, distribute or otherwise use the document in public.

By using this particular document, you accept the above-stated conditions of use.

ZERP-Diskussionspapier 1/2011

Europäisches Verfassungsdenken ohne Privatrecht – Europäisches Privatrecht ohne Demokratie?

Christian Joerges / Tobias Pinkel (Hrsg.)

zerp

zentrum für
europäische
rechtspolitik

centre of
european law
and politics

ZENTRUM FÜR EUROPÄISCHE RECHTSPOLITIK

Universität Bremen

ZERP

Christian Joerges / Tobias Pinkel (Hrsg.)

**Europäisches Verfassungsdenken ohne Privatrecht –
Europäisches Privatrecht ohne Demokratie?**

ZERP Diskussionspapier 1/2011

IMPRESSUM

Herausgabe &
Vertrieb: Zentrum für Europäische Rechtspolitik
Fachbereich Rechtswissenschaft
Universität Bremen
Universitätsallee, GW 1
28359 Bremen
www.zerp.eu

Schutzgebühr: € 8,- (zzgl. Versandkosten)

Nachdruck: Nur mit Genehmigung der Herausgeber

ISSN: 0947 — 5729

ISSN (Internet): 1868 — 3797

Bremen, Mai 2011

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|-----|
| Vorwort (« L'essentiel est invisible pour les yeux ») | 1 |
| Autorenliste | 3 |
| Einführung..... | 7 |
| <i>Christian Joerges und Tobias Pinkel</i> | |
| Die Instrumentalisierungsthese aus der Vogelperspektive..... | 25 |
| <i>Christoph U. Schmid</i> | |
| Vom effet utile zum effet néolibéral: Warum setzt der EuGH die Integrität des Europarechts aufs Spiel?..... | 43 |
| <i>Michelle Everson</i> | |
| Europaprivatrechtliche Interlegalität: Eine Methodenfrage? Hermeneutische Anfragen an Christoph Schmid's Habilitationsschrift..... | 61 |
| <i>Marc Amstutz</i> | |
| Modernisierung des Gesellschaftsrechts im Integrationsprozess? | 71 |
| <i>Erich Schanze</i> | |
| Kartell- und Privatrecht in der Europäischen Union | 81 |
| <i>Jules Stuyck</i> | |
| Verbraucherschutz und Sozialschutz..... | 89 |
| <i>Brigitta Lurger</i> | |
| Nationale und europäische Grundrechte im Europäischen Privatrecht: Ein Schutzschild gegen die Instrumentalisierung des Privatrechts? | 105 |
| <i>Aurelia Colombi Ciacchi</i> | |
| Kodifikation ohne Demokratie? Zur Legitimität eines Europäischen (Optionalen) Zivilgesetzbuches | 119 |
| <i>Jan M. Smits</i> | |
| Privatrecht, Demokratie, Kodifikation Zur Kritik des Europäischen Privatrechts-Projekts | 133 |
| <i>Florian Rödl</i> | |

« L'essentiel est invisible pour les yeux »¹

Wir brauchen dieses Vorwort zum vorliegenden Diskussionspapier nicht, um zusammenzufassen, was in der Einführung genauer dargelegt wird und aus den Titeln der einzelnen Beiträge ersichtlich ist: den Anlass des Kolloquiums vom 9. Juli 2010, seine Strukturierung, die Einsichten, die wir gewonnen haben, die Anschlussfragen, die weiter verfolgt werden sollen. Wir möchten es vielmehr nutzen, um all denenjenigen zu danken, die bei der Erstellung dieser Publikation beteiligt waren: Dies sind an erster Stelle die Autoren, deren Geduld wir über die Maßen strapaziert haben; dies sind sodann die Übersetzer der in englischer Sprache vorgelegten Beiträge; dies ist, last but not least, Antje Kautz, die unsere Vorlagen zur Publikationsreife gebracht hat.

Die Mühsal der Produktion hängt auch damit zusammen, dass wir in zwei Sprachen gearbeitet haben und publizieren. Die englische Fassung, die am ZERP Tommi Ralli, PhD betreut hat, wird in der Reihe der Berichte des RECON-Projektes² erscheinen. Damit tragen wir den europäischen Ansprüchen unseres Kolloquiums Rechnung. Wir möchten dabei aber auch zur Überwindung einer anderen Grenze beitragen. Das RECON-Projekt befasst sich in seinen multi-disziplinären Untersuchungen mit den Verfassungsperspektiven Europas. Unser anspruchsvoller Titel will darauf aufmerksam machen, dass die Privatrechtsordnung nicht neben, sondern in eine demokratische Verfassung Europas gehört.

Bremen, Mai 2011

Christian Joerges und Tobias Pinkel

1 „Voici mon secret. Il est très simple: on ne voit bien qu'avec le Cœur. L'essentiel est invisible pour les yeux“ aus Antoine de Saint-Exupéry, *Le Petit Prince*, Kapitel XXI.

2 Näheres unter www.reconproject.eu; über diese Homepage wird unser Bericht dann auch online zur Verfügung stehen.

Autorenliste

Marc Amstutz ist Professor für Privat- und Wirtschaftsrecht sowie Rechtssoziologie an der Universität Freiburg i. Ue. Er studierte in Bern, Zürich und Harvard und unterrichtet als Gastprofessor an verschiedenen Universitäten in Europa und Amerika. Er ist Vorstandsmitglied der *Vereinigung für Recht und Gesellschaft* und Mitgründer des *Instituts für Recht und Wirtschaft* (IDÉ) an der Universität Freiburg, das er als geschäftsführender Direktor leitet.

Email: marc.amstutz@unifr.ch.

Aurelia Colombi Ciacchi ist Professorin für Law and Governance und wissenschaftliche Direktorin des *Groningen Centre for Law and Governance* an der juristischen Fakultät der Universität Groningen. Ihre Forschung konzentriert sich auf das europäische und rechtsvergleichende Privatrecht sowie das Zusammenspiel von Grundrechten und Privatrecht.

Email: A.L.B.Colombi.Ciacchi@rug.nl.

Michelle Everson ist Professorin für Europarecht am Birkbeck College, Universität London. Ihre Publikationen befassen sich mit den Formen und Institutionen der europäischen Verwaltung und der Konstitutionalisierung der Europäischen Union (*The Making of a European Constitution: Judges and Lawyers beyond the Constitutive Act*, Routledge-Cavendish, 2007).

Email: m.everson@bbk.ac.uk.

Christian Joerges ist Forschungsprofessor an der Universität Bremen und Fellow des *Zentrums für europäische Rechtspolitik* (ZERP). Im Sonderforschungsbereich „Staatlichkeit im Wandel“ (Sfb 597) ist er zusammen mit Josef Falke Projektleiter des Teilprojekts „Handelsliberalisierung und Sozialregulierung in transnationalen Konstellationen“. Im internationalen RECON-Projekt ist er Projektleiter des Teilprojektes „Transnational Governance and Constitutionalism“.

Email: cjoerges@sfb597.uni-bremen.de.

Brigitta Lurger ist Professorin für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht, Privatrechtsvergleichung, Einheitsprivatrecht, Europarecht und Handelsrecht an der Universität Graz, Österreich. Sie war Mitglied der *Study Group on a European Civil Code* sowie der *Study Group on Social Justice in European Private Law* und Leiterin des Forschungsprojekts „Transfer of Movables“, das Kapitel VIII des Entwurfs eines Gemeinsamen Referenzrahmens verfasst hat. Sie forscht schwerpunktmäßig im Vertragsrecht, Verbraucherrecht, Europäischen Privatrecht und internationalem Privatrecht.

Email: brigitta.lurger@uni-graz.at.

Tobias Pinkel ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am *Zentrum für Europäische Rechtspolitik* (ZERP) der Universität Bremen, wissenschaftlicher Koordinator der Hanse Law School Bremen und Lehrbeauftragter für Europäisches Privatrecht sowie Privatrechtsvergleichung an der Universität Bremen. Er studierte Rechtswissenschaften und die Grundzüge der Wirtschaftswissenschaften an den Universitäten Bremen, Oldenburg und Groningen. Seine Forschung konzentriert sich auf den Bereich des Europäischen Privatrechts, der Privatrechtsvergleichung und des Internationalen Privatrechts.

Email: tobias.pinkel@hanselawreview.org.

Florian Rödl studierte Rechtswissenschaften in Frankfurt/Main und Philosophie (M.A.) in Berlin. Nach seiner juristischen Promotion am Europäischen Hochschulinstitut in Florenz arbeitete er als wissenschaftlicher Mitarbeiter am *Zentrum für Europäische Rechtspolitik* (ZERP) in Bremen. Seit 2009 ist er Leiter der Forschungsgruppe „Wandel des transnationalen Arbeits- und Wirtschaftsrechts“ des Exzellenz-Clusters „Die Herausbildung normativer Ordnungen“ an der Goethe-Universität Frankfurt am Main.

Email: Florian.Roedl@normativeorders.net

Erich Schanze ist emeritierter Professor für Bürgerliches Recht, Rechtsvergleichung und Internationales Wirtschaftsrecht an der Universität Marburg, ständiger Gastprofessor an der juristischen Fakultät, Universität i Bergen und Lehrbeauftragter für Law and Economics an der Universität St. Gallen.

Email: e@schanze.com.

Christoph Ulrich Schmid ist seit 2005 Professor für Europäisches Privat-, Wirtschafts-, Wirtschaftsverfassungsrecht und Rechtsvergleichung an der Universität Bremen und Direktor am *Zentrum für Europäische Rechtspolitik* (ZERP). Seine Habilitationsschrift beschäftigt sich mit der Europäisierung des Privatrechts und analysiert Änderungen der grundlegenden rechtssoziologischen Paradigmen, die sich aus dem Integrationsprozess ergeben. Seine jüngsten Schriften beschäftigen sich mit der *judicial governance* in Europa, insbesondere mit den Aufgaben des Europäischen Gerichtshofs im Privatrecht und rechtsvergleichendem Mietrecht.

Email: cschmid@zerp.uni-bremen.de.

Jan Smits ist Professor für Europäisches Privatrecht an der Universität Maastricht und Forschungsprofessor für rechtsvergleichende Studien an der Universität Helsinki. Er leitet das *Maastricht European Private Law Institute*. Seine Forschungsinteressen liegen im Bereich des Europäischen Privatrechts, der Rechtstheorie, der Rechtsvergleichung und der Entnationalisierung des Rechts. Jan Smits (www.jansmits.eu) ist Mitglied der *Koninklijke Nederlandse Akade-*

Autorenliste

mie van Wetenschappen.

Email: jan.smits@maastrichtuniversity.nl.

Jules Stuyck ist Professor an der juristischen Fakultät der Katholieke Universiteit Leuven, Belgien, Direktor des *Study Centre for Consumer Law* sowie des *Centre for European Economic Law* und des *Centre for Advanced Legal Studies* der juristischen Fakultät der K.U. Leuven, Professor für Europarecht an der Radboud Universiteit, Nijmegen und Gastprofessor an der Central European University, Budapest, sowie an der Université Panthéon-Assas Paris II.

Email: Jules.Stuyck@law.kuleuven.be.

Einführung

Christian Joerges und Tobias Pinkel

I. **Privatrechtswissenschaft in der Europäischen Konstellation**

Habilitationsschriften sind eine in mancher Hinsicht tragische Gattung. Sie werden in langen, oft auch entbehrungsreichen Jahren verfasst. Weil sie eine Zukunft an der Universität keineswegs garantieren, für eine solche aber unabdingbar erscheinen, müssen sie ihren Gegenstand möglichst vollständig erfassen, dabei um- und vorsichtig zu Werke gehen und alles berücksichtigen: Gesetzgebung, Rechtsprechung und vor allem das Schrifttum. Wenn sie schließlich gedruckt vorliegen, erwartet sie ein schweres und ungerechtes Schicksal: Ein Durchblättern kann ihren Gehalt nicht erschließen, aber zum Durchlesen sind Habilitationsschriften einfach zu dick.

Das Kolloquium, zu dem wir am 9. Juli 2010 deutsche und vor allem ausländische Gäste eingeladen haben, war ein Versuch, mit dieser Lage umzugehen und einer Arbeit gerecht zu werden, die nicht bloß allen Anforderungen entspricht, sondern sich ungewöhnliche Ansprüche stellt: Sie konzipiert nämlich die Aufarbeitung von unendlich vielem Material zum Europäischen Privatrecht als Rekonstruktion des Integrationsprozesses in theoretischen Perspektiven; sie erarbeitet dabei Positionen und legt Schlussfolgerungen vor, die nicht auf allgemeinen Beifall zielen, sondern Diskussionen anregen sollen. Auf diese Programmatik haben wir bei der Planung des Kolloquiums mit einer Art Doppelbewegung reagiert: Wir haben niemandem eine Gesamtwürdigung zugemutet, sondern stattdessen Themen vorgeschlagen, die handhabbar bleiben, zusammen aber dennoch verschiedene und verschiedenartige Seiten der Arbeit Christoph Schmidts erschließen. Wir wollten dabei gleichzeitig die im Europarecht so provinziell wirkenden nationalen Grenzen nicht respektieren. Gewiss sind deutsche Habilitationsschriften nicht exportfähig und nicht als Gattung europäisierbar. Auch ist nichts daran zu ändern, dass die Sprache von rechtswissenschaftlichen Habilitationen wie die der Gerichte¹ die deutsche ist. Trotzdem: Die nationalen Grenzen, die es bei der Behandlung des Europarechts allenthalben weiterhin gibt, sind nicht hinnehmbar. Der Umstand, dass es dabei ganz mühelos gelungen ist, Teilnehmer aus immerhin sieben Ländern

1 So § 184 S. 1 GVG: „Die Gerichtssprache ist deutsch.“

zu unserem Kolloquium zu versammeln, spricht für die Vitalität des europäischen Projekts.

Christoph Schmid beschließt seine Mühen um das Europäische Privatrecht mit der Feststellung, auch er habe nun alles gesagt.² Solche Ironie ist in Habilitationsschriften unüblich. Sie ist aber auch nicht ernst zu nehmen. Der Anspruch seiner Arbeit ist es nämlich, die Dynamik des Europäisierungsprozesses zu erfassen, Entwicklungsstufen zu unterscheiden und zu kennzeichnen, Probleme begreifbar zu machen, die uns diese Entwicklung auf dem langen Weg von bescheidenen Anfängen zu einer höchst unübersichtlichen Gegenwart beschert hat – und die erst noch gelöst werden müssen. Der Witz seiner Schlussbemerkung ist es mithin, dass wir, nachdem alles gesagt ist, umso genauer wissen, dass Ruhe nicht einkehren kann, dass wir weiterdenken müssen.

Dies haben wir bei dem thematischen Zuschnitt der einzelnen Beiträge in aller Unbescheidenheit tatsächlich versucht und in dem Titel dieser Schrift durchaus vollmundig zum Ausdruck gebracht, allerdings in einer Form, die sich im Verlauf des Kolloquiums und bei seiner Aufarbeitung gleichsam aufdrängte. Christoph Schmid hat sich in seiner Rekonstruktion des Europäisierungsprozesses zum einen gegen selbstgenügsame oder gar selbstgefällige Abschottungen privatrechtlicher Diskussionen von deren sozialen und verfassungspolitischen Kontexten gewandt; er hat aber zugleich die Problematik der europäischen Konstellation zur Sprache gebracht. Seine Instrumentalisierungsthese, derzufolge die Integration ein In-sich-Ziel geworden ist, trifft sich mit der Diagnose Giandomenico Majones, der in Europa einen “operational code” identifiziert, nach dem der Integration Priorität gegenüber allen anderen Werten zukommen soll.³ Diese Konvergenz von rechtswissenschaftlicher Rekonstruktion und politikwissenschaftlicher Analyse bedeutet keine Übereinstimmung in der Sache. Majone beklagt die zunehmend offenbar werdende *Ineffizienz* integrationspolitischer Vorgänge in immer mehr Politikfeldern, Christoph Schmid geht es um die *normative Integrität* des Europarechts im Allgemeinen und die *iustitia commutativa* des Privatrechts im Besonderen. Aufschlussreich ist die Übereinstimmung dennoch: Majone hat seine integrationspolitischen Leitvorstellungen nämlich immer damit begründet, dass die EU nicht dazu legitimiert sei, distributive Politiken zu verfolgen, die einer Legitimation bedürfen, wie sie nur der demokratische Verfassungsstaat zur Verfügung stelle. Dies trifft sich mit Christoph Schmid's Verteidigung der normativen Dignität der nationalstaatlichen Privatrechtsordnungen gegenüber dem *effet utile* europarechtlicher Vorgaben. So ist dann aber bereits das Anschlussproblem ge-

2 Christoph Schmid, Die Instrumentalisierung des Privatrechts durch die Europäische Union – Privatrecht und Privatrechtskonzeptionen in der Entwicklung der Europäischen Integrationsverfassung, Baden-Baden 2010, 834.

3 Giandomenico Majone, Europe as the Would-be World Power. The EU at Fifty, Cambridge 2010, 1.

stellt, dem sich beide, Majone wie Schmid, stellen müssen. Es lautet: Wie ist eine demokratie-kompatible Europäisierung konzipierbar? Majone rät zur Bescheidenheit: „Geht’s nicht eine Nummer kleiner?“, fragt er in rhetorischer Absicht.⁴ Europa müsse zur Effizienz zurückfinden, und sei es um den Preis einer Selbstbescheidung. Christoph Schmid geht es nicht um Effizienz, sondern um die Frage, wie Europa zur Gewährleistung von Gerechtigkeit im und durch Privatrecht beitragen kann. Die Antwort ist in seinen Aussagen zu den Funktionen des verfassungsstaatlichen Privatrechts und seinen methodologischen Einsichten angelegt. Im Titel der vorliegenden Schrift ist sie als Frage formuliert: Privatrechtliche Gerechtigkeit, so lautet die vor dem Hintergrund unserer Sichtweise auf die europäische Konstellation und den „gegenwärtigen Stand der Union“ zur These umformulierte Fragestellung in einer Negativ-Fassung, dürfe seine demokratische Legitimation, die es so mühsam erworben hat,⁵ nicht ersatzlos preisgeben.⁶ Die nationalstaatliche Entwicklung läßt sich nun aber auf Europäischer Ebene nicht nachbilden. In der europäischen Konstellation müssen die Legitimität des Privatrechts und sein Gerechtigkeitsgehalt neu und auf andersartige Weise konstituiert werden. Die Alternative, für die Christian Joerges eintritt, ist ein Europäisches Kollisionsrecht, das seine Anerkennungswürdigkeit aus der normativen Qualität des Integrationsprozesses bezieht. Christoph Schmidts Idee einer „reflexiven Abwägung“⁷ europäischer Zielsetzungen und nationalstaatlicher Anliegen kommt diesem Ansatz sehr nahe.⁸

Die Diskussion der Spannungslage Privatrecht, Demokratie und Integrationsprozess fügt sich in das von der Europäischen Kommission geförderte integrierte Projekt „Reconstituting Democracy in Europe“ (RECON).⁹ Sie hat dort eine thematisch durchaus kritische Funktion, weil die ungemein intensiven Debatten um die Zukunft der Demokratie in Europa das Privatrecht als *terra*

4 Majone (Fn. 3), 170; Majone zitiert den Titel eines Europa-Beitrags in der Wochenschrift „Die Zeit“ aus dem Jahre 2005. Vgl. Giandomenico Majone, „The common sense of European integration“, *Journal of European Public Policy* 2006, 607-626.

5 Dazu schon Christian Joerges, „Die Wissenschaft vom Privatrecht und der Nationalstaat“, in: Simon, Dieter (Hg.), *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik. Studien zur Wissenschaftsgeschichte der Jurisprudenz*, Frankfurt a.M. 1994 (stw Bd.1150), 311-363.

6 Mit dieser Fragestellung fügt sich unser Vorhaben in das von der Europäischen Kommission geförderte integrierte Projekt „Reconstituting Democracy in Europe“ (RECON), <http://www.reconproject.eu/> ein.

7 Vgl. Christoph Schmid, „Vom *effet utile* zum *effet néolibéral*. Eine Kritik des neuen judiziellen Expansionismus“, in: Fischer-Lescano, Andreas/Schmid, Christoph/Rödl, Florian (Hg.), *Europäische Gesellschaftsverfassung. Zur Konstitutionalisierung sozialer Demokratie in Europa*, Baden-Baden 2009, 33-54, 35.

8 S. auch Christian Joerges und Christoph Schmid, „Towards Proceduralisation of Private Law in the European Multi-Level System“, in: Hartkamp, Arthur et al. (Hg.), *Towards a European Civil Code*, 4. Aufl., Den Haag 2011, 277-310, online verfügbar als ZERP-Working Paper 3/2010, unter <http://www.zerp.uni-bremen.de>.

9 Ausführliche Informationen unter <http://www.reconproject.eu/>.

incognita zu behandeln pflegen. Es verfolgt mit seinem prozeduralen Kollisionsrecht einen disziplinspezifischen Ansatz, der sich aber auch interdisziplinär ausweisen kann. Verwiesen sei hier lediglich auf die aktuellen Arbeiten von Jürgen Neyer, der kategorial zwischen dem europäischen „Demokratiedefizit“ (*democracy deficit*) und „Gerechtigkeitsdefizit“ (*justice deficit*) unterscheidet.¹⁰ Die Parallele zu der Idee der prozeduralen, kollisionsrechtlich begründeten Gerechtigkeit wird zumindest denjenigen ersichtlich sein, denen deren gemeinsamer Ursprung bekannt ist.¹¹ Die Arbeiten hieran gehen noch weiter. Unser Kolloquium hat seinen unbescheidenen Titel aus der Logik der Arbeit Christoph Schmidts, aber durchaus auch durch die verschiedenen Schritte gefunden, die in den einzelnen Beiträgen unternommen werden. Wie angesichts der Schwierigkeiten und der Unübersichtlichkeit der gegenwärtigen Lage nicht anders zu erwarten, hat das Kolloquium nicht etwa eine Einheitsperspektive hervorgebracht, sondern vielmehr unterschiedliche Positionen zu Gehör kommen lassen und dabei viele sich anschließende offene Forschungsfragen aufgezeigt.

II. Zu den einzelnen Beiträgen

Die vorliegende Schrift ist in drei Sektionen untergliedert. Im ersten Abschnitt beschäftigen sich die Beiträge von Schmid, Everson und Amstutz aus verschiedenen Perspektiven mit der Legitimität des Europäischen Privatrechts im Allgemeinen. Darauf folgend, werden die wichtigsten Themengebiete des Europäischen Privatrechts, namentlich das Gesellschaftsrecht (von Schanze), das Wettbewerbsrecht (von Stuyck), das Verbraucherschutzrecht (von Lurger) und die grundrechtlichen Bezüge des Privatrechts (von Colombi Ciacchi), vor dem Hintergrund von Schmidts Instrumentalisierungsthese detaillierter betrachtet. Dabei werden oftmals, direkt oder indirekt, spezifische Fragen der (demokratischen) Legitimation der jeweiligen Rechtsgebiete aufgeworfen, die in einigen Fällen auch verallgemeinerungsfähig sind. Im letzten Teil des Diskussionspapiers mit den Beiträgen von Smits und Rödl werden verschiedene Perspektiven zur demokratischen Legitimationsbedürftigkeit einer Europäischen Privatrechtskodifikation aufgezeigt.

10 Vgl. z.B. Jürgen Neyer, „Justice, Not Democracy: Legitimacy in the European Union“, JCMS 2010, 903-921, auch verfügbar unter <http://www.reconproject.eu/main.php/RECONreport1311.pdf?fileitem=29736963>.

11 Vgl. Christian Joerges und Jürgen Neyer, „From Intergovernmental Bargaining to Deliberative Political Processes: The Constitutionalisation of Comitology“, European Law Journal 1997, 273-299.

1. *Gerechtigkeit, Legitimation, Integrität und Interlegalität des Europäischen Privatrechts im Allgemeinen*

In seinem Einführungsbeitrag „Die Instrumentalisierungsthese aus der Vogelperspektive“ rekapituliert Christoph Schmid seine These von der integrationspolitischen Instrumentalisierung des Privatrechts und spitzt sie zu. Seine Rekonstruktion konfrontiert die Faktizität des europäischen Integrationsprozesses mit zentralen Geltungskriterien des Privatrechts. Hierbei geht es um nichts Geringeres als die Vermittlung eines möglichen Konflikts zwischen der europäischen Integration durch Recht und dem altehrwürdigen Grundprinzip des Privatrechts, wonach dieses die ausgleichende Gerechtigkeit in ihrer „schwachen“ Form¹² zwischen den ihm unterworfenen Privaten sicherstellen soll. Hierbei handelt es sich um ein Prinzip, das Schmid zufolge während der gesamten Entwicklungsgeschichte des Privatrechts in Europa stets gewahrt wurde. Allerdings ist er der Meinung, dass im Rahmen des europäischen Integrationsprozesses das Europäische Privatrecht, wie alles Unionsrecht, als Mittel zur Verwirklichung des kollektiven Ziels der Errichtung eines Binnenmarktes verwendet wird. Die dem nationalstaatlichen Privatrecht immanenten Gerechtigkeitsfunktionen werden dabei zwar rezipiert, dem Integrationsziel aber im Konfliktfall in der Regel untergeordnet, was Schmid auch durch die primärrechtlichen Kompetenzgrundlagen im Privatrechtsbereich, deren wesentlichste (Art. 114 AEUV) auf die Errichtung des Binnenmarktes abzielt, bestätigt sieht.¹³

Schmid fordert jedoch keineswegs, dass im Privatrecht keinerlei kollektive Ziele zum Tragen kommen sollten. Allerdings dürfe die ausgleichende Gerechtigkeit in ihrer „schwachen“ Form auch nicht gänzlich aus den Augen verloren werden. Unter wiederholter Bezugnahme auf die Maxime der beiderseitigen Rechtfertigung im Privatrecht von Franz Bydlinski,¹⁴ die als methodische Grundlage zur Sicherstellung eines Minimalerfordernisses privatrechtlicher Gerechtigkeit dienen kann, fordert der Autor, dass sich auch im Europäischen Privatrecht jede Entscheidung mit dem Prinzip der ausgleichenden Gerechtigkeit noch irgendwie vereinbaren lassen sollte, auch wenn es auf Grund konfli-

12 Ausgleichende Gerechtigkeit in ihrer schwachen Form und wohl zugleich im Privatrecht wichtigeren Funktion verlangt dabei Schmid zufolge, „dass privatrechtliche Beziehungen nur von solchen rechtsethischen Kriterien geregelt werden dürfen, die innerhalb des Parteiverhältnisses wurzeln – und eben nicht zur Realisierung politischer, sozialer oder wirtschaftlicher Ziele, die dem Parteiverhältnis von außen oktroyiert werden, geopfert werden darf.“ (Vgl. den Beitrag von Schmid, in diesem Heft, unter I.). Zur ausgleichenden Gerechtigkeit auch ausführlich Schmid (Fn. 1), 9 ff.

13 Wir sehen in dieser Problematisierung der integrationspolitischen Instrumentalisierung des Privatrechts Parallelen zu Brian Z. Tamanaha, *Law as a Means to an End: Threat to the Rule of Law*, Cambridge 2006.

14 So die Weiterentwicklung des Grundprinzips der beidseitigen Begründbarkeit zuletzt in Franz Bydlinski, „Die Maxime beidseitiger Rechtfertigung im Privatrecht“, in: Apathy, Peter et al. (Hg.), *Festschrift für Helmut Koziol*, Wien 2010, 1355.

gierender kollektiver Interessen nicht optimal verwirklicht werden muss und insoweit eine „Instrumentalisierung“ durchaus gerechtfertigt sein kann.

Zugleich sieht Schmid die Integrationsaufgabe des Europäischen Privatrechts nicht prinzipiell im Widerspruch zu den traditionellen Gerechtigkeitsfunktionen des Privatrechts. So sieht er im nationalen Privatrecht eine für die wirtschaftliche Integration notwendige rechtliche Infrastruktur, deren klassische Funktionen durch europarechtlich vermittelte Deregulierungen sogar besser verwirklicht werden können. Allerdings könne, wenn das Bydlinski'sche Prinzip keine Berücksichtigung mehr findet, das Privatrecht zu stark auf das Integrationsziel ausgerichtet werden. Diese These untermauert Schmid mit drei Beispielen: (1.) dem variierenden Verbraucherleitbild des EuGH, das sich nicht aus einer privatrechtlichen Logik erklären lässt, sondern nur vor dem Hintergrund des Integrationszieles verstanden werden kann; (2.) der uneinheitlichen Auslegung der Frage, inwieweit in Europa von einem einheitlichen Rechtsraum auszugehen sei, für die dasselbe gelte, und (3.) an Hand von Problemen mit dem Prinzip der Vollharmonisierung, das letztlich nicht dazu geeignet sei, aus Sicht von privatrechtsimmanenten Rationalitäten optimale Lösungen zu suchen, sondern lediglich der Herstellung von Einheitlichkeit diene, was er insbesondere am Beispiel der Produkthaftungsrichtlinie aufzeigt.

Dass sich das Europäische Privatrecht zu einem immer stärker auf die Marktintegration gerichteten Instrument entwickelt und damit seine privatrechtliche Gerechtigkeitslogik immer weiter verliert, hält Schmid allerdings für keineswegs notwendig. So sieht der Autor gerade in der Weiterentwicklung des Europäischen Privatrechts im Rahmen eines Diskurses um die mögliche Einführung eines „Europäischen Zivilgesetzbuches“ oder „Optionalen Instruments“ auch Chancen, da ein solches dazu verpflichten würde, die privatrechtsimmanenten Gerechtigkeitserwägungen wieder stärker in den Vordergrund der europäischen Privatrechtsdiskussion zu rücken. Dies will er insbesondere durch die Einführung einer auf breite fach- und zivilgesellschaftliche Legitimation angelegten Institution wie einem nach Vorbild des American Law Institute gegründeten europäischen Rechtsinstituts erreichen.

Auch wenn Christoph Schmid in seinen Ausführungen nicht auf eine Demokratisierung des Privatrechts im Integrationsprozess eingeht, kann man insbesondere in seinen Ideen zur Einführung eines Europäischen Rechtsinstituts auch eine Verstärkung demokratischer Elemente sehen, auch wenn diese für sich genommen nicht ausreichen. Die von ihm geforderten fachöffentlichen Diskurse können dabei im Sinne einer demokratiestiftenden Deliberation verstanden werden. Auch wenn die für die deliberative *Demokratietheorie* zentralen Elemente der Inklusivität und Öffentlichkeit des Diskurses in einem solchen institutionellen Setting nicht gewahrt werden können, führt die Einbeziehung verschiedener zivilgesellschaftlicher Akteure und die Qualität des Dis-

kurses durchaus zu einer Zunahme der Legitimation von Entscheidungen.¹⁵

Im Beitrag von Michelle Everson „Vom effet utile zum effet néolibéral: Warum setzt der EuGH die Integrität des Europarechts aufs Spiel?“ wird die Instrumentalisierungsthese als Gefährdung der Integrität des Europäischen Rechts interpretiert und rekonstruiert. Dabei untersucht sie insbesondere Schmid's methodologischen Ansatz der „reflexiven Abwägung“¹⁶ auf sein Potential, die Integrität des Europarechts, die sie durch die Rechtsprechung des EuGH gefährdet sieht, wiederherzustellen. Ihre Analyse veranschaulicht die Autorin an dem Rechtsprechungskomplex *Laval/Viking/Rüffert*¹⁷, der sich als ein formalistisches Kontrastprogramm zur Schmid'schen Methodologie darstellt.

Letztlich sieht Everson in diesem Rechtsprechungskomplex jedoch auch einen Konflikt zwischen kollektiv-sozialer und individueller Gerechtigkeit. Die EuGH-Rechtsprechung basiere dabei auf der Vorstellung, dass erstere nur auf nationalstaatlicher Ebene realisierbar sei und eine kosmopolitische Orientierung nicht zulasse. Die Eröffnung einer kosmopolitischen Gerechtigkeitsperspektive sei jedoch mit Schmid's methodologischen Vorstellungen auf europäischer Ebene grundsätzlich erreichbar. Hierin sieht sie auch eine Fortschreibung des deliberativen Supranationalismus' von Joerges. Gleichzeitig erkenne die reflexive Abwägung nach den Vorstellungen Schmid's an, dass es der Integrität des Rechts zuträglich sei, die Feinabstimmungen dem nationalstaatlichen Rechtssystem zu überlassen. Zusammengefasst kann so die Integrität des Rechts vergrößert werden. Everson warnt aber dennoch vor zu großen Erwartungen an das Recht, wenn es um die Herstellung von kosmopolitischer Gerechtigkeit geht: „Ein *Rechtverfassungsrecht*, das die Integrität des Rechts bewahren soll, kann keine perfekten Ergebnisse in Aussicht stellen. Es geht ihm [...] um einen langwierigen und schwierigen Prozess, in dem sich ein gegenüber der Politik autonom behauptendes Recht auf sein soziales Umfeld einlässt. Recht sorgt nicht selbst für radikale Änderungen. Es muss zutiefst kon-

15 Anstatt vieler verweisen wir nur auf die einschlägigen Diskussionen im Rahmen des RECON-Projekts (Fn. 9); als aktuellen Beitrag vgl. z.B. Forst, Rainer/Schmalz-Bruns, Rainer (Hg.), *Political Legitimacy and Democracy in Transnational Perspective*, RECON REPORT 13/2011, Oslo 2011, 135-144, online verfügbar unter <http://www.reconproject.eu/main.php/RECONreport1311.pdf?fileitem=29736963>.

16 Unter reflexiver Abwägung versteht Schmid einen Ansatz, „der darauf abzielt, eine methodisch unvoreingenommene und politisch sensible Koordination von europäischem und nationalem Recht herbeizuführen“. Auch wenn diese Gedanken bereits in seiner Habilschrift ausführlich dargelegt sind, verwendete er diesen Begriff erstmalig in Christoph Schmid, „Vom effet utile zum effet néolibéral – Eine Kritik des neuen judiziellen Expansionismus' des Europäischen Gerichtshofs“, ZERP-Arbeitspapier 1/2009, 4. Hierzu ausführlich, a. a. O., 26 ff.

17 EuGH Rs. C-341/05, *Laval un Partneri Ltd v Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan und Svenska Elektrikerförbundet*, U. v. 18.12.2007, Slg. 2007, I-11767; EuGH Rs. C-346/06, *Rechtsanwalt Dr. Dirk Rüffert v Land Niedersachsen*, U. v. 3.4.2008, Slg. 2008, I-01989.

servativ bleiben, um das Versprechen sozial-radikaler Responsivität einlösen zu können.“¹⁸

Auch wenn Everson in ihrem Beitrag den Schwerpunkt auf Legitimation durch Integrität des Rechts legt, können ihre Ansätze doch, zumindest eingeschränkt, in zweifacher Hinsicht auch als ein postwestfälischer demokratischer Legitimationsansatz verstanden werden: Zum einen, so könnte man argumentieren, erhöht die Einbeziehung einer aus den nationalstaatlichen demokratischen Entscheidungsprozessen ausgeschlossenen postwestfälisch-kosmopolitischen Gesellschaft die demokratische Legitimation, zum anderen bleiben nationalstaatliche Legitimationsmechanismen zumindest insoweit erhalten, als die Feinabstimmung demselbigen überlassen bleiben soll.

Marc Amstutz konzentriert sich in seinem Beitrag „Europaprivatrechtliche Interlegalität: Eine Methodenfrage? Hermeneutische Anfragen an Christoph Schmidts Habilitationsschrift“ auf die methodischen Ansätze Schmidts und analysiert diese aus rechtstheoretischer Sicht. Hierbei stellt er heraus, dass Schmid sich vor allem für die methodologischen Probleme, die sich aus dem Mehrebenensystem des Europarechts und der Rechtsfolgenblindheit des EuGH ergeben, interessiert. Es gehe also um eine methodische Lösung der Interpenetration von europäischem und mitgliedstaatlichem Recht vor dem Hintergrund fundamentaler Konflikte wie „Markt, Gerechtigkeit, Legitimität und Folgenberücksichtigung“¹⁹, die Schmid mit einem „alternativen methodologischen Metaprinzip“ zu lösen versuche, das eine „reflexive Balance“ durch „gerechtigkeitsgesteuerte und politisch sensitive“ Kooperation suche. Insoweit es bei diesem Prinzip darum geht, dass, wie Everson schon betonte, die Feinabstimmung den Mitgliedstaaten überlassen bleiben sollte, vergleicht Amstutz dieses Konzept mit der Idee eines „lernenden Sozialmodells“ von Rudolf Wiethölter. Der Autor widerspricht dabei Schmidts kritischer Analyse der Marleasing-Rechtsprechung zur richtlinienkonformen Auslegung und sieht hierin etwas positives, nämlich „[e]in judizielles ‚lernendes Sozialmodell‘ [...] auch wenn in diesem Bereich noch fast alles – bis auf das Skelett! – zu leisten ist“²⁰.

Amstutz zufolge wird in diesem Prozess eine normative Kompatibilität im europäischen Mehrebenensystem „erlernt“, die verschiedene Privatrechtsordnungen zu einer möglichst einheitlichen Handlungsordnung²¹ verflechten soll,

18 Everson, in diesem Heft, unter IV.

19 Amstutz, in diesem Heft, unter I.

20 Ebenda.

21 Für die Unterscheidung zwischen Rechts- und Handlungsordnung bezieht sich Amstutz auf Friedrich A. von Hayek, „Rechtsordnung und Handlungsordnung“, in: Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät der Universität Freiburg/Br. (Hg.), Zur Einheit der Rechts- und Staatswissenschaften: Ringvorlesung der

wobei das Europarecht nur den Rahmen der Handlungsordnung vorgibt. Der Autor sieht darin eine rein prozedurale Entscheidung, die sich jeder materiell-rechtlichen Entscheidung enthalten muss. Diese führe insoweit in Übereinstimmung mit den Ideen Christoph Schmidts zu einer „Rechtsmethodik als „Rechtsverfassungsrecht“. Letztlich, so relativiert Amstutz seinen Dissens mit Schmid weiter, betrifft die unterschiedliche Interpretationsweise lediglich die methodische Bedeutung dieser Rechtsprechung, nicht aber die grundsätzliche Frage von Schmidts methodologischem Metaprinzip der reflexiven Abwägung. Beide Prinzipien, das Interlegalität schaffende lernende Sozialmodell und das gerechtigkeitsbezogene, politisch sensitive methodische Abwägungsprinzip stünden nebeneinander. Eine Vereinigung sei noch nicht erreicht und es bleibe auch fraglich, ob eine solche gelinge.

Die Vorstellungen Amstutz‘ schaffen vor allem eine methodische Grundlage für das Verständnis des Mehrebenensystems der Europäischen Union, zeigen aber zugleich prozedurale Legitimationsmöglichkeiten, die sich auf die „Qualität“ von Entscheidungsprozessen stützen. So kann der Nationalstaat auch in diesem Rahmen einen Teil seiner demokratisch-legitimierenden Wirkung im transnationalen „lernenden Sozialmodell“ behalten. Eine demokratische Legitimation von materialen Entscheidungen bzw. Rechtsfortbildungen im Europäischen Privatrecht wird hingegen nicht weiter diskutiert.

2. *Einzelne zentrale Bereiche des Europäischen Privatrechts, ihre jeweilige instrumentalisierte Verwendung für die europäische Integration und (demokratische) Legitimation*

Im ersten Beitrag, der sich mit nur einem rechtlichen Teilbereich des Europäischen Privatrechts beschäftigt, behandelt Erich Schanze in seinem Aufsatz „„Modernisierung“ des Gesellschaftsrechts im Integrationsprozess?“ das europäische Gesellschaftsrecht. Nach seiner Einschätzung ist es in diesem Bereich auf europäischer Ebene zu keiner Instrumentalisierung des Privatrechts gekommen. Vielmehr sei hier bewiesen worden, dass Comitas-Regeln, die bei Konflikten zwischen den betroffenen Rechtsordnungen eine möglichst für alle Rechtsordnungen verträgliche Lösung suchen, auch in der Praxis der EU funktionieren können. Im Konkreten sei die Anwendung von: „Cassis (milder Anerkennungszwang *tel quel*)/Rechtfertigung (Beachtung vitaler Mitgliedstaats-Gemeininteressen)/Keck (Gleichstellung nach allgemeinem Verkehrsrecht)/

Rückausnahme bei überragenden Unionsinteressen“²² für das Gesellschaftsrecht gut geeignet. Demnach habe der EuGH auch in den Rechtssachen *Segers/Centros/Überseering/Inspire Art*²³ keine Kollisionsnorm für das Gesellschaftsrecht geschaffen, sondern lediglich besondere Rechtsfolgen, die sich aus IPR-Regelungen ergeben können, für primärrechtswidrig und damit im konkreten Fall unanwendbar erklärt.

In seinem Beitrag „Wettbewerbs- und Privatrecht in der Europäischen Union“ behandelt Jules Stuycks einen weiteren wichtigen Themenbereich des Europäischen Privatrechts. Seine grundsätzliche Bedeutung ergibt sich daraus, dass die Wettbewerbspolitik Errungenschaften des Gemeinsamen Marktes gegen Bedrohungen durch Private schützen soll. Insbesondere zielt Stuyck in seiner Analyse auf eine Bewertung der Entwicklung des Europäischen Wettbewerbsrechts vor dem Hintergrund von Schmidts Instrumentalisierungsthese ab, nach der die Überbewertung des gemeinschaftlichen Ziels, ungestörten Wettbewerb zu verwirklichen, die Gerechtigkeitsfunktion des Privatrechts beeinträchtigen kann. Nach einer detaillierten Besprechung der einzelnen Bereiche des Wettbewerbsrechts (Kartellrecht im engeren Sinne, Fusionskontrolle und Vergaberecht), in dessen Rahmen Stuyck sich auch kritisch mit den von Schmid jeweils vertretenen Thesen auseinandersetzt, kommt der Autor jedoch zu dem Ergebnis, dass das Kartellrecht, inkl. des Vergaberechts, keinen weitreichenden Einfluss auf das nationale Privatrecht nehme und deshalb dessen allgemeine Gerechtigkeitsfunktion auch nicht nachhaltig gefährde. Zugleich gesteht Stuyck jedoch zu, dass, obwohl er das europäische Kartellrecht dem öffentlichen Wirtschaftsrecht zuordnet, die Grenzen zwischen Öffentlichem Recht und Privatrecht im europäischen Rechtsetzungskontext immer weiter verschwimmen. Auch dies scheint zunächst die schon zuvor getroffene Analyse zu bestätigen, dass autonomie- und systemschonende Lösungen von Kollisionen, die dem Nationalstaat ausreichenden Gestaltungsspielraum lassen, geringere Legitimationsprobleme verursachen.

Als ein drittes großes Themengebiet im Europäischen Privatrecht wird das Verbraucherschutzrecht von Brigitta Lurger im Beitrag „Verbraucherschutz und Sozialschutz“ bearbeitet. Die Autorin setzt sich dabei zunächst für eine breitere Sichtweise des Verbraucherschutzes auf europäischer Ebene ein. Sie widmet sich in ihrem Artikel nicht so sehr dem von Schmid untersuchten Spannungsverhältnis zwischen der Gerechtigkeitsfunktion des Privatrechts als Vermittler der ausgleichenden Gerechtigkeit im „schwachen“ Sinne und dem „instrumenta-

22 Schanze, in diesem Heft, unter 3.

23 EuGH Rs. 79/85, *Segers*, U. v. 10.7.1986, Slg. 1986, 2375; EuGH Rs. C-212/97, *Centros*, U. v. 9.3.1999, Slg. 1999, I-1459; EuGH Rs. C-208/00, *Überseering*, U. v. 5.11.2002, Slg. 2002, I-9919; EuGH Rs. C-167/01, *Inspire Art*, U. v. 30.9.2003, Slg. 2003, I-10155.

lisierten“ Privatrecht als vielmehr Kollisionen innerhalb verschiedener kollektiver Ziele, die durch das Privatrecht erreicht werden sollen, oder, um erneut mit Schmidts Worten zu sprechen, zu deren Zwecken das Privatrecht instrumentalisiert werden soll. Dabei solle das Spektrum der Ziele gegenüber dem vom EU-Recht in den Mittelpunkt gestellten Marktfunktionalismus deutlich erweitert werden. Hierdurch möchte die Verfasserin auch helfen, eine „globale soziale Gerechtigkeit“ zu verwirklichen. Lurger legt dabei dar, dass das Privatrecht zunehmend zum regulativen Recht werde, dass die Bedeutung des klassischen, auf Privatautonomie aufbauenden Privatrechts immer weiter abnehme und so die Grenzen zwischen Privatrecht und Öffentlichem Recht unschärfer würden. Zwar stellt die Autorin auch fest, dass die „interne Dimension jedes Vertrages“, also die beiderseitige Rechtfertigung im Bydlinski’schen Sinne, den Ausgangspunkt in Privatrechtsverhältnissen darstellen müsse, geht darauf aber nicht näher ein, sondern wendet sich schwerpunktmäßig der Darstellung und dem Umgang mit den sog. „externen Faktoren“ eines Vertrages zu.

Im Spannungsfeld zwischen den verschiedenen externen Funktionen des Privatrechts fordert Lurger zum einen, dass neben der Marktfunktionalisierung gleichzeitig die Ziele eines europäischen Sozialmodells zur Geltung kommen sollten, oder, solange dieses nicht (ausreichend) entwickelt sei, mit den nationalen Sozialmodellen und Vertragsrechten schonend umgegangen werden sollte. Weitere „externe Faktoren“, die im Vertragsrecht berücksichtigt werden sollten, sind nach ihr u.a. das Funktionieren und die Fairness des Wettbewerbs, was nicht zwangsläufig mit der Marktintegration übereinstimmen muss, der Schutz von Interessen Dritter, z.B. von Verbrauchern bei Netzwerkverträgen, der Schutz der Umwelt oder der Arbeitsschutz in Drittstaaten in globalisierten Produktions- und Handelsketten.

Die Beiträge von Stuyck und Lurger machen damit deutlich, dass politisch-regulative und privatrechtliche Anliegen im Rechtsetzungsprozess in der EU immer weiter verschmelzen. Gerade wenn man davon ausgeht, dass „reines“ Privatrecht sich aus einer inneren Logik heraus legitimieren könne,²⁴ muss man für derartige Programmatiken eine demokratische Legitimationsgrundlage fordern – oder nach dem bekannten Vorbild von Fritz Scharpf, auf eine „Output-Legitimationsbasis“ verweisen,²⁵ eine gerade im Streit ums richtige Recht schwer nachvollziehbare Vorstellung.

Der Beitrag von Aurelia Colombi Ciacchi über „Nationale und europäische Grundrechte im Europäischen Privatrecht: Ein Schutzschild gegen die Instru-

24 Vgl. demgegenüber die Kritik von Rödl, in diesem Heft.

25 Vgl. z.B. Hierzu z.B. Fritz W. Scharpf, „Legitimationskonzepte jenseits des Nationalstaats“, MPIfG Working Paper 04/6, unter 2.2.2.

mentalisierung des Privatrechts?“, greift eine signifikante Entwicklung im Privatrecht auf. Dabei ist klar, dass Grundrechte und Demokratie in allen modernen Demokratietheorien in einem engen, wenn auch durchaus unterschiedlichen Verhältnis zueinander stehen. Während für den Republikanismus im engeren Sinne eine Verfassung auch mit Grund- und Menschenrechten eine Vorbedingung für die Verwirklichung der Volkssouveränität ist, stellen für den Liberalismus Grundrechte eine Konsequenz der Volkssouveränität dar. In der Habermas’schen deliberativen Demokratietheorie hingegen gelten Volkssouveränität und Menschenrechte als gleichursprünglich.²⁶ In jedem Fall können so Grund- und Menschenrechte einen Beitrag zur demokratischen Legitimation des Privatrechts liefern.

Aurelia Colombi Ciacchi betrachtet dabei zunächst die Entwicklung der Drittwirkung von Grundrechten im Privatrecht der Mitgliedstaaten, die in einigen Ländern schon sehr weit fortgeschritten ist. Auf theoretischer Basis des „normativen Individualismus“ von Dietmar von der Pfordten, nach dem Entscheidungen von Grundrechtsabwägungen durch Bezugnahme auf die von ihr Betroffenen erfolgen müssen und die somit eine gewisse Parallele zum Grundsatz der gegenseitigen Rechtfertigung aufweist, spricht die Autorin der Anwendung von Grundrechten im Privatrecht eine legitimierende Wirkung im nationalen Kontext zu. Auf europäischer Ebene ist sie jedoch skeptischer, ja befürchtet sogar eine Instrumentalisierung der Grundrechte:

„Die Betonung der Vorteile der horizontalen Grundrechtswirkung auf der Ebene der nationalen Rechtsprechung sei jedoch keine Verteidigung der mangelhaften horizontalen Grundrechtsanwendung auf der Ebene der EuGH-Rechtsprechung, wie sie etwa in den bedauerlichen Entscheidungen *Viking*, *Laval* und *Rüffert* zutage kam.“²⁷

3. *Zur demokratischen Legitimation einer europäischen Privatrechtskodifikation*

In den letzten beiden Beiträgen „Kodifikation ohne Demokratie? Zur Legitimität eines Europäischen (Optionalen) Zivilgesetzbuches“ von Jan M. Smits und „Privatrecht, Demokratie, Kodifikation – Zur Kritik des Europäischen Privatrechts-Projekts“ von Florian Rödl beschäftigen sich die Autoren mit Fragen der demokratischen Legitimationsbedürftigkeit des Europäischen Privatrechts und eines möglichen EuZGB oder Optionalen Instruments.

26 Vgl. z.B. David Strecker und Gary S. Schaal, „Die politische Theorie der Deliberation: Jürgen Habermas“, in: Brodacz, André/Schaal, Gary S. (Hg.), Politische Theorien der Gegenwart II, Opladen 2001, 89, 110.

27 Colombi Ciacchi, in diesem Heft, unter IV.

Allgemein vertritt dabei Rödl die Ansicht, dass unabhängig davon, ob Privatrecht eine besondere Art von Recht darstellt oder nicht, die Legislativorgane und nicht Experten zur Rechtssetzung berufen seien. Diese betreffe nicht nur die formelle Rechtsetzung in einem Verabschiedungsakt, sondern in gleichem Maße auch die inhaltliche Erstellung einer Privatrechtskodifikation. Rödl teilt damit nicht Schmidts Hoffnung, dass die Legitimation des Europäischen Privatrechts im Rahmen eines fachöffentlichen Diskurses wie in einem europäischen Rechtsinstitut nach amerikanischem Vorbild vergrößert werden könnte. Deshalb ist der Autor auch insgesamt sehr kodifikationskritisch, da seines Erachtens Kodifikationen heutzutage inhaltlich gar nicht überwiegend vom Legislativorgan verfasst werden können. Deshalb müsse Privatrechtsetzung auf anderem Wege als durch eine große Kodifikation auf demokratische Weise erfolgen. Letztlich warnt er auch vor dem Hintergrund der an den Volksabstimmungen in Frankreich und den Niederlanden gescheiterten Schaffung einer europäischen Politikverfassung vor dem weltweit einmaligen Experiment, eine Gesellschaftsverfassung in Form eines EuZGB in Kraft zu setzen, ohne jedoch zuvor eine Politikverfassung für Europa verwirklicht zu haben.

Smits teilt hingegen Rödl's generelle Kodifikationskritik nicht. In seinem Beitrag skizziert er zunächst die klassischen Funktionen einer nationalstaatlichen Kodifikation. Auch hier hatte sich der demokratische Gesetzgeber – falls es einen solchen in den betroffenen Ländern zur jeweiligen Zeit überhaupt gab – inhaltlich oftmals nicht an dem Kodifikationsprozess beteiligt und sich mit einer formalen Rolle begnügt. Smits sieht in vielen (aus seiner Sicht unpolitischen oder technischen) Bereichen eines Kodifikationsprozesses auch weder die Möglichkeit noch die Notwendigkeit der Beteiligung von Parlamenten, sowohl auf nationaler als auch auf europäischer Ebene. Für ein Optionales Instrument, das nur durch die Wahl der Parteien über ein Opt-In-Modell zum anwendbaren Recht werden könne, sieht er hingegen überhaupt kein demokratisches Legitimationserfordernis. Die Rechtswahl der Parteien drückte die Zustimmung des konkreten Rechtsunterworfenen zu der Rechtsordnung aus und sei damit in einer postwestfälischen Demokratie ausreichend legitimiert. Sei die Rechtsordnung hingegen unerwünscht, werde sie von den Parteien schlichtweg nicht gewählt, sodass sie keinerlei Rechtskraft erlangen werde.

III. Perspektiven

Um auf die einleitenden Bemerkungen zurückzukommen: Der Europäisierungsprozess ist auch immer ein sich bewegendes Objekt. Auch ein Buch vom Gewicht der Arbeit Christoph Schmidts kann sich nicht als *summa* verstehen.

Seine Arbeit und ebenso deren Diskussion in unseren Beiträgen sollten vor allem an ihrem Anregungspotential und an den Perspektiven gemessen werden, die sie eröffnen. Diese Perspektiven haben wir in unserem Titel sehr unbescheiden umschrieben – derart anspruchsvoll, dass der Zusatz, dies sei eine langfristige Programmatik, sich von selbst versteht. Einen die verschiedenen Denkansätze übergreifenden Bezugspunkt sehen wir aber durchaus: Angesichts der sich verstärkenden politisch-regulativen Gehalte des Europäisierungsprozesses des Privatrechts wird die Auseinandersetzung mit der demokratischen Legitimation dieses Prozesses unabdingbar. In drei Bemerkungen möchten wir zentrale Punkte unseres Problemverständnisses und der sich daraus ergebenden Forschungsperspektiven skizzieren.

1. *Die Instrumentalisierung des Privatrechts und die gesellschaftliche Isolierung der Privatrechtsverhältnisse im Integrationsprozeß*

In seinem Beitrag zu unserem Kolloquium hat Christoph Schmid die Instrumentalisierungsthese seiner Habilitationsschrift zugespitzt präsentiert, um damit das Spannungsverhältnis zu illustrieren, das entstehen muss, wenn die Privatrechtssysteme demokratischer Staaten von einer Programmatik bevormundet werden, die Integration als Herstellung uniformer Regeln versteht – und damit exekutiert, was Majone als den hintergründigen Funktionsmodus der Integrationspolitik bezeichnet.²⁸ In einem neuen Vorhaben erneuert und vertieft nun Christoph Schmid seinen konzeptionellen Ansatz. Im Anschluss an ein rechtsvergleichendes Forschungsvorhaben am Europäischen Hochschulinstitut in Florenz zum Mietrecht in zahlreichen Mitgliedstaaten der Union²⁹ hat er ein Projekt über „Tenancy Law and Housing Policy in Multi-level Europe“ vorgelegt, in dem das Mietrecht in den Kontext nationaler und europäischer Politiken gestellt wird. Dabei geht er methodisch und theoretisch über die rechtsvergleichenden Studien in Florenz, aber auch über den Ansatz der Habilitationsschrift hinaus. Die kontextuellen Perspektiven, mit denen er das Mietrecht in den Blick nimmt, zeigen nämlich, dass der „operationelle Code“, dem die Privatrechtsintegration folgt, nicht nur mit desintegrativen Effekten in den nationalstaatlichen Rechtssystemen verbunden ist,³⁰ sondern darüber hinaus die Rahmung und soziale Einbet-

28 Vgl. Majone (Fn. 3).

29 Abrufbar unter <http://www.eui.eu/DepartmentsAndCentres/Law/ResearchAndTeaching/ResearchThemes/ProjectTenancyLaw.aspx>.

30 Dazu Schmid (Fn. 1), 93 ff.; ähnlich auch Christian Joerges und Gert Brüggemeier, „Europäisierung des Vertrags- und Haftungsrechts“, in: Müller-Graff, Peter-Christian (Hg.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 2. Aufl., Baden-Baden 1999, 301-360, 305 ff., Hans-W. Micklitz, „Failure or Ideological Preconceptions – Thoughts on Two Grand Projects: The European Constitution and the

tung der Mietrechtsverhältnisse betrifft. Am Mietrecht zeigt sich exemplarisch, was für sozial wichtige Privatrechtsbeziehungen in demokratischen Wohlfahrtsstaaten allgemein gilt: Diese Verhältnisse wurden nicht nur durch rechtliche Interventionen „materialisiert“, sondern in ihren Voraussetzungen und Ausgestaltungen politisch geprägt. Wie sehr dies der Fall ist, erfahren europäische Bürger, die außerhalb ihrer Heimatstaaten eine Bleibe suchen – und sie erfahren dabei auch, dass ihnen mit einer Mietrechtsvereinheitlichung nicht geholfen wäre. Gleichzeitig wird aber auch deutlich, dass die Intensität und Komplexität der politischen Prägung und sozialen Einbettung der Privatrechtsverhältnisse eine Integrationspolitik, die auf einheitliche Lebensbedingungen zielen würde, hoffnungslos überfordern müsste.

2. *Privatrechtliche und soziale Gerechtigkeit.*

Die eben angesprochene „Materialisierung des Formalrechts“ hat Christoph Schmid in seiner Habilitationsschrift als eine gleichsam säkulare Tendenz beschrieben, ohne damit zu insinuieren, dass Interventionen in die Privatrechtssysteme die privatrechtliche Gerechtigkeit fördern könnten. Im Gegenteil: „Die Inpflichtnahme des Privatrechts zur Realisierung gesellschaftlicher, wirtschaftlicher und politischer Ziele ist keine Erfindung der Europäischen Union, sondern auch im nationalen Rahmen anzutreffen“, ist in seinem Beitrag zu lesen.³¹ Seine Hinwendung zu einer kontextuellen Perspektive, die er exemplarisch am Mietrecht vollzieht, läßt die Auseinandersetzungen um das „reine“ oder durch Interventionen verstörte Privatrecht hinter sich. Am Mietrecht wird nämlich deutlich, was für die sozial bedeutsamen Privatrechtsverhältnisse allgemein gilt. Sie wurden nicht nur „materialisiert“, sondern darüber hinaus durch eine Vielzahl gestaltender Politiken umgeprägt. Dabei kann man im Mietrecht von einer Überformung privatrechtlicher durch soziale Gerechtigkeitsvorstellungen sprechen, in denen distributive Politikziele umgesetzt werden. Man muss aber auch eine neue Inpflichtnahme der Privatrechtsverhältnisse, insbesondere im Namen umwelt- und energiepolitischer Zielvorstellungen in Rechnung stellen. Diese soziale und politische Einbettung der Privatrechtsverhältnisse hat integrationspolitische Dimensionen. Joseph Weiler hat frühzeitig darauf aufmerksam gemacht, dass eindimensional-ökonomische Orientierungen an der Verwirklichung des Binnenmarktes „the profound political choice and cultural impact

European Civil Code“, in: Tuori, Kaarlo/Sankari, Suvi (Hg.), *The Many Constitutions of Europe*, Farnham 2010, 109-142, 124 f.

31 Vgl. Schmid (Fn. 1), 25 ff. insb. den ersten Satz vor I.

which the single market involves“ zu unterschlagen pflegen.³² Die politisch-soziale Einbettung des Privatrechts macht eine weitere Gefährdung deutlich. Sie ergibt sich daraus, dass die Gewährleistung sozialer Gerechtigkeit, wie sie wohlfahrtsstaatliche Politiken anstreben, auf europäischer Ebene nicht umfassend nachvollzogen werden können. Dieser Einsicht gehen die Protagonisten eines „sozialen Privatrechts“ in Europa gemeinhin aus dem Wege. So entsteht eine dilemmatische Lage: Im Privatrecht selbst sind weder internationale noch europäische wohlfahrtsstaatliche Gewährleistungen möglich. Aber die regulativ-wohlfahrtsstaatlichen Potentiale der Nationalstaaten stehen auf europäischer Ebene nicht zur Verfügung. Auf eine positive Fassung der These wird zurückzukommen sein. So kann die „Europäisierung“ auf eine „Kommodifizierung“ hinauslaufen, mit der die Privatrechtsverhältnisse weniger „sozial“ und stattdessen nur noch ökonomisch eingebettet werden. Die Diskussionen um die Europäisierung des Privatrechts müssen deshalb fragen, ob bei einer Durchsetzung der Freiheitsrechte und wettbewerbspolitischer Anliegen, des Beihilferechts und anderer europäischer Politiken die soziale Gerechtigkeit erodiert. Sie müssten überlegen, wie Forderungen nach einem sozialen Privatrecht in umfassenderen Perspektiven aufgehoben werden, die wohlfahrtsstaatliche Errungenschaften bewahren oder re-konstituieren und dabei mit den Rechten und Interessen der Bürger Europas an offenen Märkten kompatibel bleiben.

3. *Demokratische Legitimität des Privatrechts und Demokratisierung des Integrationsprozesses.*

Die Einsicht, dass sich die Entwicklung zum „materialisierten“ Privatrecht und einer wohlfahrtsstaatlichen-sozialen Einbettung der Privatrechtsverhältnisse auf europäischer Ebene nicht kopieren lässt, ist für die Frage nach dem Verhältnis von Privatrecht und Demokratie in Europa und die Europäisierung des Privatrechts von grundsätzlicher Bedeutung. Dies wird in den Beiträgen zum Europäischen Privatrecht vielfach verkannt. Unterschätzt wird dabei nicht nur die Resistenz von Institutionen und Traditionen; übersehen werden vor allem die Voraussetzungen einer Gewährleistung sozial gerechter Verhältnisse. Wenn und weil es faktisch ausgeschlossen ist, die Vielfalt europäischer Sozialmodelle durch ein integriertes Einheitsregime zu ersetzen, muss die Integrationspolitik sich auch im Privatrecht auf den Fortbestand von und den Umgang mit Europas sozio-ökonomischer und politisch-kultureller Vielfalt einstellen.³³ Statt Privatrechtsordnungen für ein zum Staat oder zur Föderation transfor-

32 Vgl. Joseph H. H. Weiler, „Fin-de-Siècle Europe“ in: Dehousse, Renaud (Hg.), *Europe After Maastricht: An Ever Closer Union*, München 1994, 203-216, 215.

33 Vgl. allgemein Majone (Fn. 3), 144.

miertes Europa zu entwerfen oder das Privatrecht gar mit dem Ansinnen der Herstellung eines substantiell einheitlichen Marktes zu überlasten, sollte die Diskussion sich dem Europäisierungsprozess zuwenden und dessen Chancen und Risiken ausloten. Im Rahmen dieses Vorworts ist indes eine systematische Diskussion des Spannungsverhältnisses zwischen dem demokratisch eingebettetem Privatrechtssystem im Verfassungsstaat und dem europäischen Integrationsprozess, auf welches bereits gegen Ende des Abschnitts I. hingewiesen wurde, nicht möglich. Was jedoch deutlich geworden sein sollte, ist der kategorische Unterschied zwischen der Bezugnahme auf den demokratischen Prozess als letztinstanzlichem Entscheidungsträger der Frage was „Anerkennung verdient“ in einem Verfassungsstaat auf der einen Seite und der Suche nach einer demokratie-kompatiblen Ausgestaltung des europäischen Integrationsprozesses auf der anderen Seite. Dabei sollte im Rahmen des europäischen Einigungsprozesses nicht versucht werden, nationalstaatliche Lösungen auf europäischer Ebene zu übernehmen. Vielmehr sollte der glücklich gewählte Leitspruch des sonst weitgehend glücklosen Entwurfs eines Verfassungsvertrags, namentlich die Suche nach einem „in Vielfalt geeinten“³⁴ Europa, und eine angemessene Reaktion auf die positiven und negativen Effekte dieser Vielfalt im europäischen Integrationsprozess ernst genommen werden. Dies haben Christian Joerges und Christoph Schmid schon in einem kürzlich veröffentlichten Aufsatz so formuliert:

„European law is ‘best’ when it recognizes the difference between uniformity and justice, when it teaches us how to live with diversity... European integration must not abandon the project of integration through law... However, the complexity and the dynamics of the integration process require the institutionalization of continuous law-production (*Recht-Fertigung/justum facere*) rather than the elaboration of some comprehensive substantive *corpus juris*. ‘Proceduralisation’ is the mode of law production which has to ensure the normative quality of the law, which, in turn, has to build upon the inter-actions among the law-producing actors, the intensity of societal scrutiny, and the capability of courts and other legal fora to examine whether such law production ‘deserves recognition’. This type of incremental efforts to settle the tensions inherent in the diversity of Europe, the discovery of fair solutions, the detection of failures and their subsequent correction, is, maybe, both a challenge and a chance“.³⁵

34 Art. I-8 Satz 3 Entwurf eines Vertrages über eine Verfassung für Europa: „Der Leitspruch der Union lautet: ‚In Vielfalt geeint‘.“

35 Vgl. Joerges/Schmid (Fn. 8), 307.

Christoph Schmid hat seine Rekonstruktion und Diagnose so verfasst wie Goethe sein Gedicht „Geschichte vom Zauberlehrling“. Der Europäisierungsprozess droht, aus den Fugen zu geraten. Wir haben daraus auch gelernt, was erst noch zu tun bleibt.

Die Instrumentalisierungsthese aus der Vogelperspektive¹

Christoph U. Schmid

Die wohl größte historische Errungenschaft der Europäischen Union liegt darin, dass sie das Ziel der Integration der europäischen Staaten und Völker nicht mehr wie in der Vergangenheit durch „Blut und Eisen“, sondern auf zivilem und friedlichem Wege durch das Medium des Rechts zu erreichen sucht („integration through law“).² Für das Recht – das Unionsrecht ebenso wie das von ihm beeinflusste nationale Recht – bedeutet dies, dass es grundsätzlich auf die Ziele der Integration verpflichtet wird. Was das Privatrecht anbelangt, bewirkt diese Inpflichtnahme einen Paradigmenwechsel: Die überkommene privatrechtliche Grundfunktion, einen gerechten Interessenausgleich unter den Beteiligten eines Rechtsverhältnisses zu schaffen, wird im Zuge seiner Europäisierung von kollektiven Integrationszielen überlagert und vereinnahmt. Der Begriff der Instrumentalisierung soll diese Unterordnung des Privatrechts unter solche kollektiven Ziele des europäischen Integrationsprojekts bezeichnen.³ Neben dem zentralen Ziel der Schaffung des europäischen Binnenmarktes sind dabei vor allem der Schutz von Verbrauchern, Arbeitnehmern, kleinen und mittleren Unternehmen, der Industrie und der Umwelt sowie das Diskriminierungsverbot zu nennen.

Die hier beabsichtigte Rekonstruktion der Instrumentalisierungsthese muss zunächst den Ausgangspunkt des Europäisierungsprozesses näher beleuchten:

-
- 1 Der vorliegende Text bietet ein Résumé wesentlicher Inhalte meiner Habilitationsschrift: Die Instrumentalisierung des Privatrechts durch die Europäische Union – Privatrecht und Privatrechtskonzeptionen in der Entwicklung der Europäischen Integrationsverfassung, Baden Baden 2010. Der Text ist dem ehrenden Gedenken an Franz Bydlinski gewidmet, der im Februar 2011 verstorben ist. Inhaltlich werden Anleihen bei früheren Publikationen meiner Forschungsergebnisse genommen: Verf., „The Instrumentalist Conception of the Acquis Communautaire in Consumer Law and its Implications on a European Contract Law Code“, *European Review of Contract Law* 2005, 211-227; überarbeitete Fassung auch in: Grundmann, Stephan/Schauer, Martin (Hg.), *The Architecture of European Codes and Contract Law*, Den Haag 2006, 255-267; ders., „Private suretyships as a socio-legal crucible of modern civil law“, in: Colombi Ciacchi, Aurelia (Hg.), *Protection of Non-Professional Sureties in Europe: Formal and Substantive Disparity*, Baden-Baden 2007, 21-52; ders., „The Three Lives of European Private Law“, in: Antonioli, Luisa/Fiorentini, Francesca (Hg.), *A factual assessment of the draft common framework of reference*, München 2010, 299-312.
 - 2 Walter Hallstein, *Die Europäische Gemeinschaft*, 5. Aufl., Düsseldorf und Wien 1979, 33; Cappelletti, Mauro/Seccombe, Monica/Weiler, Joseph H. H. (Hg.), *Integration through Law: Political Organs, Integration Techniques and Judicial Process*, Berlin 1986.
 - 3 Vgl. Online-Wörterbucheintrag (<http://de.thefreedictionary.com>) instrumentalisieren: etwas so gebrauchen, dass es für bestimmte Zwecke dienlich ist. Der negative Beiklang des Begriffs Instrumentalisierung ist natürlich gewollt, nicht aber die von Schanze (in diesem Heft) unterstellte Anlehnung an die philosophischen Begrifflichkeiten Max Horkheimers.

das Verhältnis von Gerechtigkeit und Sozialsteuerung, wie es sich in der Evolution des modernen Privatrechts auf nationaler Ebene herausgebildet hat (I). Im Anschluss können die Auswirkungen der Europäisierung auf das Privatrecht allgemein (II) und speziell im Hinblick auf exzessive Instrumentalisierungsphänomene näher beleuchtet werden (III). Zur Rückbesinnung auf eine wieder stärker gerechtigkeitsorientierte Konzeption des Privatrechts in Europa scheint eine europäische Vertrags- oder Privatrechtskodifikation das größte Potenzial zu haben. Gleichwohl müsste diese in einem effektiveren und legitimeren institutionellen Rahmen als der bisherige CFR-Prozess ausgearbeitet werden (IV).

I. Die Instrumentalisierung des nationalen Privatrechts

Die Inpflichtnahme des Privatrechts zur Realisierung gesellschaftlicher, wirtschaftlicher und politischer Ziele ist keine Erfindung der Europäischen Union, sondern auch im nationalem Rahmen seit jeher üblich.⁴ So lässt sich das moderne Privatrecht, wie es in den großen europäischen Kodifikationen der letzten beiden Jahrhunderte niedergelegt wurde, als sozio-normative Institution, bestehend aus zwei Elementen, verstehen: seines relativ zeitlosen rechtsethischen Grundkonzepts und seiner stark zeitgebundenen gesellschaftlichen Ausformungen.⁵

Das ethische Grundkonzept beruht vor allem auf drei Fundamentalprinzipien: Freiheit und Gleichheit aller Bürger und Gerechtigkeit als zentrales Ordnungskriterium für rechtliche Beziehungen. Während Freiheit und Gleichheit in der Philosophie der Aufklärung wurzeln und in den Großen Revolutionen 1776 und 1789 erstmals durchgesetzt wurden, haben die Gerechtigkeit und ihre zwei Grundformen der ausgleichenden und verteilenden Gerechtigkeit ihren viel älteren Ursprung in der berühmten Nikomachischen Ethik des Aristoteles. Freiheit und Gleichheit bedeuten im Kern, dass jeder Mensch an Rechtsbeziehungen nach eigenem Willen und unter gleichen rechtlichen Voraussetzungen teilnehmen kann; so ist die Geschäftsfähigkeit nicht mehr beschränkt, und es gibt keine privilegierte Behandlung von bestimmten Individuen oder sozialen Klassen oder Gruppen mehr – kurzum: Privatrecht erlangt einen universalen Charakter und wird zur Verfassung freier und gleicher Bürger. Von der Gerechtigkeit ist für das Privatrecht vor allem ihre Unterart der ausgleichenden

4 Vgl. exemplarisch Christoph Engel, „Zivilrecht als Fortsetzung des Wirtschaftsrechts mit anderen Mitteln“, JZ 1995, 213; Assmann, Heitiz-Dieter/Brüggemeier, Gert/Hart, Dieter/Joerges, Christian (Hg.), Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts. Beiträge zur Privat- und Wirtschaftsrechtstheorie, Königstein 1980.

5 Näher mit Nachweisen Schmid, Instrumentalisierung (Fn. 1), 7 ff.

Gerechtigkeit und nur seltener auch die verteilende Gerechtigkeit von Bedeutung.⁶ Die ausgleichende Gerechtigkeit verlangt in ihrer starken Form, dass der Austausch von Leistungen im Vertragsrecht und der Ausgleich von Schäden im Deliktsrecht äquivalent sein müssen; in ihrer schwachen und wohl wichtigeren Funktion verlangt sie, dass privatrechtliche Beziehungen nur von solchen rechtsethischen Kriterien geregelt werden dürfen, die innerhalb des Parteiverhältnisses wurzeln – und eben nicht zur Realisierung politischer, sozialer oder wirtschaftlicher Ziele, die dem Parteiverhältnis von außen oktroyiert werden, missbraucht werden dürfen.

Dieses rechtsethische Grundkonzept wurde in der Entwicklung der modernen Gesellschaft immer weiter ausdifferenziert, namentlich als Reaktion auf ein sich wandelndes soziales und ökonomisches Umfeld und geänderte politische Präferenzen.⁷ Die Entfaltung der Privatrechtsgesellschaft und des Rechtsstaats im 19. Jahrhundert nach Abschaffung früherer ständischer Bindungen finden ihren Niederschlag im liberalen Rechtsparadigma, das den großen kontinentalen Kodifikationen einschließlich des BGB zugrunde lag. Dieses Paradigma lässt sich zunächst als weitgehend unveränderte „gesellschaftliche Außenwendung“ (Franz Bydlinski) des gerade skizzierten rechtsethischen Grundkonzepts verstehen. In seiner konkreten Ausgestaltung zur Entstehungszeit des BGB stand jedoch die Verwirklichung der Privatautonomie im Vordergrund, während auf Instrumente sozialen Schutzes weitgehend verzichtet wurde. Dieses Ungleichgewicht haben berühmte Stimmen wie Gierke und Wieacker als Usurpation des Rechts durch Bürger und Unternehmertum zulasten der Arbeiterklasse verstanden.

Die folgende soziale Entwicklung, die Entstehung der industriellen Massengesellschaft und des Sozialstaats als ihres politischen Pendants, bildete sich rechtlich im Prozess der Materialisierung ab. Diese implizierte eine aktive gesellschaftliche Steuerungsrolle des Rechts durch Instrumente der Verteilungsgerechtigkeit und des Schwächerenschutzes (Aufklärungs- und Schutzpflichten, zwingende Inhaltsgestaltungen in Verträgen, das Institut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage, Vertrauensschutz und Vertrauenshaftung und schließlich die sog. Sonderprivatrechte, die den Schutz von Arbeitnehmern, Mietern und zuletzt auch Verbrauchern bezwecken). Schließlich haben die verstärkte Differenzierung, Komplexifizierung und Fragmentierung der modernen Gesellschaften zusammen mit der Ausbreitung neuer Technologien und Massenmedien dem Privatrecht die zusätzliche Aufgabe zugewiesen, zwischen verschie-

6 Franz Bydlinski, *System und Prinzipien des Privatrechts*, Wien 1996, 92 ff.; Claus-Wilhelm Canaris, *Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht*, München 1997, passim.

7 Nähe Schmid, *Instrumentalisierung* (Fn. 1), 15 ff.

denen sozialen und ökonomischen Systemen und Einzelbereichen zu vermitteln und die institutionellen Rahmenbedingungen für deren effektive Selbstregulierung zu gewährleisten. Namentlich die schwindende Effektivität traditioneller hoheitlicher Regulierung qua Befehl und Zwang, die der komplexeren gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Realität nicht mehr gewachsen ist, hat eine Wiederbelebung dezentraler privatrechtlicher Steuerungsmechanismen oder gemischter privat-öffentlicher Arrangements befördert, die rechtlich ihrerseits zu stabilisieren und zu regulieren sind. Für diese Aufgaben steht das Schlagwort der Prozeduralisierung des Rechts.

Ebenso wie in der heutigen Gesellschaft die früheren Formen der Privatrechts- und der industriellen Massengesellschaft aufgegangen sind, überlagern sich gegenwärtig auch ihre rechtlichen Pendants, das liberale, materiale und prozedurale Rechtsparadigma. Das lässt sich namentlich daran zeigen, dass in schwierigen, vom Gesetzgeber nicht entschiedenen, sondern der Rechtsprechung überantworteten Fällen – als Beispiel kann die Problematik der Sittenwidrigkeit von Angehörigenbürgschaften dienen⁸ – konkurrierende Lösungen nach allen drei Paradigmata diskutiert werden.

Indes blieb während der gesamten sozio-rechtlichen Entwicklungsgeschichte des Privatrechts die schwache Form der ausgleichenden Gerechtigkeit stets gewahrt. Zwar müssen soziale, ökonomische und politische Ziele – die entweder eine Partei zulasten der anderen privilegieren können (wie etwa im Bereich des Arbeitnehmer- oder Mieterschutzes) oder völlig außerhalb des Parteiverhältnisses stehen wie z.B. Umweltschutz und Industriepolitik – vom Gesetzgeber und Rechtsanwender auch im Privatrecht berücksichtigt werden. Jedoch müssen dabei die Minimalerfordernisse privatrechtlicher Gerechtigkeit zwischen den Parteien eingehalten bleiben. Franz Bydlinski hat diese treffend in Gestalt der Maxime beidseitiger Rechtfertigung präzisiert:⁹ Danach muss sich die Entscheidung eines Falles stets auf Kriterien stützen, die sich – die kollektiven Ziele hypothetisch weggedacht – jedenfalls gerade noch mit dem Prinzip der ausgleichenden Gerechtigkeit vereinbaren lassen; dass es eine andere Entscheidung gäbe, die der ausgleichenden Gerechtigkeit noch besser (den kollektiven Zielen jedoch schlechter) dienen würde, ist indes unschädlich. In der Summe darf die ausgleichende Gerechtigkeit also kollektiven Zielen nicht geopfert werden.

Als Beispiel lässt sich der arbeitsrechtliche Mutterschutz nennen, der dem Arbeitgeber die Pflicht zur Lohnfortzahlung am Ende der Schwangerschaft

⁸ Schmid, Instrumentalisierung (Fn. 1), 77 ff.

⁹ Zuletzt Franz Bydlinski, „Die Maxime beidseitiger Rechtfertigung im Privatrecht“, in: Apathy, Peter et al. (Hg.), Festschrift für Helmut Koziol, Wien 2010, 1355.

und nach der Geburt auferlegte. Diese Pflicht traf den Arbeitgeber mehr oder weniger zufällig, und er erhielt dafür keine vertragliche Gegenleistung. Hinter ihr steht das selbstverständlich schützenswerte Allgemeininteresse an der Förderung werdender Mütter, für das freilich nicht der Arbeitgeber, sondern die Allgemeinheit aufkommen sollte. Da primär nach wirtschaftlichem Nutzen kalkulierende Arbeitgeber begreiflicherweise das mit der Einstellung von Frauen verbundene wirtschaftliche Risiko scheuten, verringerte der privatrechtlich ausgestaltete Mutterschutz letztlich die Chancen von Frauen, überhaupt einen Arbeitsplatz zu finden. Vor diesem Hintergrund hat das Bundesverfassungsgericht 2004 die bisherige Regelung für verfassungswidrig qualifiziert.¹⁰ Dies jedoch nicht deswegen, weil die Kosten des Mutterschutzes ausschließlich vom Staat zu tragen seien – zur Gemeinschaft iSd. Art. 6 Abs. 4 GG gehörten vielmehr auch die Arbeitgeber –, sondern weil von der bisherigen Regelung negative Steuerungswirkungen bezüglich der Chancen von Frauen auf dem Arbeitsmarkt (faktische Diskriminierungen) ausgingen, denen der Gesetzgeber in Erfüllung seines Schutzauftrags nach Art. 6 Abs. 4 GG entgegenwirken müsse.¹¹ Indes ergeben sich in diesem Fall die negativen Anreize gerade aus der zu weitgehenden Instrumentalisierung des Arbeitsvertrags durch das Kollektivziel des Mutterschutzes.

Auf europäischer Ebene, so die zu entfaltende These, kommen derartige exzessive Instrumentalisierungen wegen der vorrangigen Ausrichtung des Privatrechts an Kollektivzielen des Integrationsprojekts häufiger vor. Vorab ist jedoch ein umfassenderer Blick auf die vielfältigen Auswirkungen der Europäisierung auf das privatrechtliche Grundkonzept zu richten.

II. Auswirkungen der Europäisierung auf das privatrechtliche Grundkonzept

Die Stellung des Privatrechts in Europa unterscheidet sich stark vom sozioethischen Grundkonzept des nationalen Privatrechts. Im rechtlich konstituierten Integrationsprojekt der EU hat – wie beschrieben – das Privatrecht ebenso wie alles andere Recht an der Erreichung kollektiver Integrationsziele mitzuwirken. Die ausgleichende Gerechtigkeit des Privatrechts mag man zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen rechnen, die das Unionsrecht aus den Rechtsord-

¹⁰ BVerfG JZ 2004, 354 (mit Anm. H. Kube, 358).

¹¹ In Reaktion auf dieses Urteil geschieht die Finanzierung aller nach dem Mutterschutzgesetz zu zahlenden Bezüge seit dem 1. Januar 2006 durch eine Umlage, die in einem verpflichtenden Ausgleichsverfahren von allen Arbeitgebern erhoben wird. Auf Basis dieser Umlage werden Arbeitgebern die zu zahlenden Bezüge durch die zuständigen Krankenkassen erstattet.

nungen der Mitgliedstaaten rezipiert hat; sie ist jedoch bisher kein Integrationsziel, das aktiv und gleichrangig mit anderen Zielen verfolgt würde.

Das dem Privatrecht am nächsten liegende Integrationsziel ist vielmehr der Verbraucherschutz. Dieser Bereich war in den Römischen Verträgen noch nicht erfasst, sondern wurde erst auf dem Pariser Gipfel des Jahres 1972 den europäischen Integrationszielen zugeschlagen.¹² Jedoch kamen die meisten rechtlichen Maßnahmen erst nach der Einführung des Mehrheitsprinzips für die Rechtsangleichung in der Einheitlichen Europäischen Akte 1986 zustande. Bekannte Harmonisierungsmaßnahmen bilden die Richtlinien zur Produkthaftung, zu Haustürgeschäften, Verbraucherkrediten, Pauschalreisen, missbräuchlichen Klauseln in Verbraucherverträgen, zum Fernabsatz sowie zum Verbrauchsgüterkauf. Wenngleich das Verbraucherrecht auch durch frühe Bestrebungen gekennzeichnet ist, Europa näher zu seinen Bürgern zu bringen, enthält es primär Marktregulierung in Bereichen, an denen typischerweise Endabnehmer und -nutzer beteiligt sind. Entsprechend dieser Zielsetzung gab es bis zum Vertrag von Amsterdam keine eigene Rechtsgrundlage für Verbraucherrecht, und die dort eingeführte Kompetenznorm des Art. 169 Abs. 2 lit. b) AEU (ex Art. 153 Abs. 3 lit. b) EGV) wurde zwischenzeitlich kaum benutzt. Vielmehr hat man die als Verbraucherrecht bezeichneten Privatrechtsakte normalerweise auf die Rechtsgrundlagen für die Marktintegration, Art. 114 f. AEU (ex Art. 94 f. EGV) gestützt. Im Einklang damit ist Hauptziel europäischen Verbraucherrechts auch nicht der Sozialschutz, sondern die Errichtung und Regulierung des Binnenmarktes.

Freilich ist nun das sozio-ethische Grundkonzept des Privatrechts über weite Strecken mit dem Binnenmarktziel der EU vereinbar, ja verstärkt dieses in vielen Fällen sogar noch. So ist zunächst auch der europäische Binnenmarkt auf das Privatrecht als grundlegende rechtliche Infrastruktur angewiesen – also als einen rechtlichen Rahmen, der stabile, sichere und verlässliche Markttransaktionen erst ermöglicht. Im Unterschied zu anderen Bereichen der ökonomischen Regulierung mussten Europäische Gemeinschaft und Union Kernbereiche des Privatrechts wie Vertrags- und Haftungsrecht nicht auf europäischer Ebene harmonisieren. Vielmehr konnte sie einfach die existierenden nationalen Privatrechtssysteme, die ähnlich genug waren, um die meisten Markttransaktionen ohne größere Hindernisse zu ermöglichen, für die Integration in Dienst nehmen. Dementsprechend musste das europäische Verbraucherrecht nicht erst eine gemeinsame rechtliche Infrastruktur schaffen, sondern konnte sich gleich der Regulierung und Optimierung bestimmter Markttransaktionen widmen. Anders verhielt es sich etwa im Gesellschaftsrecht, wo die existierenden natio-

¹² Schmid, Instrumentalisierung (Fn. 1), 166 ff.

nationalen Regelungen nicht hinreichend kompatibel waren, so dass zunächst eine gemeinsame Infrastruktur und später auch neue europäische Gesellschaftsformen, allen voran die SE, geschaffen und die Kompatibilität der nationalen Rechte durch das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung in der *Centros*-Rechtsprechung¹³ erst festgeschrieben werden musste.

Was umgekehrt das Privatrecht selbst anbelangt, wurden sein Wirkungsbereich und seine Effektivität durch seine Einbeziehung in das europäische Marktprojekt wesentlich vergrößert. Das trifft zunächst in territorialer Hinsicht zu, da die Reichweite der Privatautonomie durch die europäische Integration gewissermaßen über nationale Grenzen hinweg erstreckt wurde. Eine Steigerung des Wirkungsbereichs fand aber auch in inhaltlicher Hinsicht statt: Denn die europäische Wirtschaftsverfassung zwingt die Mitgliedstaaten zur Abschaffung diskriminierender und handelsbeschränkender nationaler Regulierungen („Deregulierung“), so dass der Spielraum für gesellschaftliche Selbstregulierung in den Formen des Privatrechts automatisch erhöht wurde. Aber auch soweit einzelne Bereiche wie nationale Monopole, öffentliche Unternehmen und staatliche Beihilfen auf europäischer Ebene re-reguliert wurden, hat man vermehrt auf privatrechtliche oder gemischt öffentlich-private Konstruktionen zurückgegriffen („private governance“).¹⁴

Darüber hinaus kann das Unionsrecht auch im privatrechtlichen Bereich eine positive konstitutionell-moderierende Rolle entfalten, soweit es die Rationalität und Integrität nationaler Gesetzgebung und Rechtsprechung kontrolliert und europäischen Bürgern das Recht verleiht, nationale Maßnahmen im Hinblick auf ihre Vereinbarkeit mit europäischen Grundsätzen zu hinterfragen. So hat der EuGH in der *Heininger*¹⁵-Nachfolgeentscheidung *Schulte*¹⁶ von nationalen Gerichten gebilligte, indes inakzeptable Gefahren für Verbraucher, die sich mit der Ausübung des eigentlich verbraucherschützend konzipierten Widerrufsrechts finanziell ruinieren konnten, jedenfalls teilweise korrigiert.¹⁷ Auch lässt sich die *Centros*¹⁸-Rechtsprechung, in der es der EuGH europäischen Bürgern erlaubt hat, nach dem Recht anderer EU-Staaten errichtete Gesellschaften in ihren Heimatländern eintragen zu lassen, als wünschenswerte Korrektur ungerechtfertigter und ineffizienter nationaler Kapitalregeln interpretieren – also in den Worten von Christian Joerges als Korrektur nicht von

13 EuGH Rs. C-212/97, *Centros*, U. v. 9.3.1999, Slg. 1999, I-1459.

14 Vgl. Schmid, Instrumentalisierung (Fn. 1), 201 ff.

15 EuGH Rs. C-481/99, *Heininger*, U. v. 13.12.2001, Slg. 2001, I-9945.

16 EuGH Rs. C-350/03, *Schulte*, U. v. 25.10.2005, Slg. 2005, I-9215.

17 Vgl. näher Schmid, Instrumentalisierung (Fn. 1), 802 ff.

18 EuGH Rs. C-212/97, *Centros*, U. v. 9.3.1999, Slg. 1999, I-1459.

Markt- sondern von Nationalstaatsversagen.¹⁹ Eine konstitutionell-moderierende Rolle nimmt das Unionsrecht oft durch den Einsatz prozeduraler Instrumente wahr, die die Autonomie der Mitgliedstaaten in größerem Maße schonen als materiale Inhaltsgestaltungen in Rechtsverhältnissen. Als Beispiele hierfür lassen sich die horizontale Erstreckung der Grundfreiheiten²⁰ und der Funktionswandel des Europäischen Kartellrechts zu einem transnationalen Verwaltungsrecht der private governance²¹ nennen – so im Bereich von Umweltschutzkooperationen, Sportregulierung sowie staatlich zugelassener oder delegierter Selbstregulierung von Berufsverbänden und freiberuflichen Standesgremien.

Neben diesen tendenziell positiven Phänomenen soll der Blick nun konkret auf negative Instrumentalisierungsphänomene gerichtet werden, bei denen die Gerechtigkeit zwischen den Parteien kollektiven Integrationszielen untergeordnet wird.

III. Beispiele exzessiver europäischer Instrumentalisierung des Privatrechts

1. Das inkohärente Verbraucherleitbild des EuGH

Das erste Beispiel betrifft die inkohärente Konkretisierung des europäischen Verbraucherleitbilds durch den EuGH im Verbrauchervertragsrecht einerseits und im Lauterkeitsrecht andererseits.²²

Im Bereich des europäischen Verbrauchervertragsrechts geht der EuGH tendenziell von einem schutzbedürftigen Verbraucher aus. So hat der EuGH im Fall *Oceano*²³ eine Pflicht nationaler Gerichte bejaht, missbräuchliche Klauseln im Sinne der Klauselrichtlinie von Amts wegen zu prüfen und zu verwerfen. Das ist zwar eine rein prozessuale Anforderung; dennoch steht sie in einem gewissen Widerspruch zum Leitbild eines mündigen Verbrauchers, von dem man erwarten könnte, seine Rechte selbst vor Gericht geltend zu machen. Ein noch stärker paternalistisches Verbraucherleitbild hat der EuGH im Fall *Cofidis*²⁴ zugrunde gelegt. Dort hat der Gerichtshof einzelne Bedingungen ei-

19 Begriff von Christian Joerges, wohl zuerst in: „The Impact of European Integration on Private Law: Reductionist Perceptions, True Conflicts and a New Constitutionalist Perspective“, ELJ 1997, 378.

20 Schmid, Instrumentalisierung (Fn. 1), 524 ff.

21 Schmid, Instrumentalisierung (Fn. 1), 576 ff.

22 Vgl. ähnlich Hannes Unberath und Angus Johnston, „The Double-Headed Approach of the European Court concerning Consumer protection“, CMLR 2007, 1237.

23 EuGH verb. Rs. C-240/98 bis C-244/98, *Océano*, U. v. 27.6.2000, Slg. 2000, I-4941.

24 EuGH Rs. C-473/00, *Cofidis*, U. v. 21.11.2002, Slg. 2002, I-10875.

nes Verbraucherkreditvertrags als intransparent und damit als missbräuchlich im Sinne der Klauselrichtlinie qualifiziert. In der Folge war zu prüfen, ob eine französische Vorschrift, die für Klagen bei Verbraucherkrediten eine Ausschlussfrist von zwei Jahren nach Entstehen des Klagegrundes festsetzt, mit der Klauselrichtlinie vereinbar ist. Dies verneinte der EuGH deswegen, weil im Hinblick auf einen wirksamen Schutz des Verbrauchers auch die Gefahr in Rechnung zu stellen sei, dass der Verbraucher seine gesetzlichen Rechte nicht kenne oder – insbesondere wegen der mit der Rechtsverfolgung verbundenen Kosten – Schwierigkeiten habe, sie auszuüben.²⁵ Diese Rechtsprechung billigt es dem Verbraucher zu, sich nicht über seine Rechte nach der Klauselrichtlinie zu informieren, mit der Folge, dass ein Gericht diese von Amts wegen auch noch nach Ablauf von zwei Jahren zur Geltung zu bringen hat.

Im Lauterkeitsrecht legte der EuGH dagegen das Leitbild eines mündigen Verbrauchers zugrunde. So ging der Gerichtshof öfters davon aus, dass nationale Informations- und Schutzpflichten im Rahmen der Grundfreiheiten zur Sicherstellung effektiven Verbraucherschutzes nicht erforderlich seien. Beispielsweise traute er es Verbrauchern zu, objektive falsche und irreführende Werbeaussagen zu erkennen²⁶ oder fremdsprachige Warenetikette von bekannten heimischen Produkten ohne weiteres zu unterscheiden.²⁷ In der Folge qualifizierte er nationale Informations- und Schutzpflichten als unverhältnismäßig zur Sicherstellung eines angemessenen Verbraucherschutzniveaus, womit sich der Wirkungsbereich der europäischen Grundfreiheiten ausdehnen ließ.

Das unterschiedliche Verbraucherleitbild des EuGH im Verbrauchervertrags- und Lauterkeitsrecht ist jedoch nach Erwägungen privatrechtlicher Gerechtigkeit mitnichten gerechtfertigt, da man – in den Worten Stefan Grundmanns – von einem Verbraucher keinen niedrigeren Grad an Aufmerksamkeit erwarten darf, wenn er vertragliche Verhandlungen eingeht, als wenn er zu Hause in seinem Sessel Werbeprospekte liest.²⁸ Vielmehr spiegelt die Annahme einer unterschiedlichen Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers in diesen eng verwandten Rechtsbereichen eine Instrumentalisierung privatrechtlicher Gerechtigkeit durch Marktintegrationsziele wider: Dem EuGH scheint es vorrangig darum zu gehen, den maximalen *effet utile* des Europarechts zu gewährleis-

25 EuGH Rs. C-473/00, *Cofidis*, Slg. 2002, U. v. 21.11.2002, I-10875, Rn. 32-24.

26 EuGH Rs. C-470/93, *Mars*, U. v. 6.7.1995, Slg. 1995, I-1923. In dieser Entscheidung hat der EuGH argumentiert, dass der Verbraucher sich nicht über den realen Mehrinhalt irren würde trotz einer größer erscheinender „10% mehr“-Werbung auf einer Schokoladenpackung.

27 EuGH Rs. C-369/89, *Piagème*, U. v. 18.6.1991, Slg. 1991, I-2971.

28 Vgl. Stefan Grundmann, Europäisches Schuldvertragsrecht, 270, n 106. Für eine ähnliche Kritik s.: Holger Fleischer, „Vertragsschlußbezogene Informationspflichten im Gemeinschaftsprivatrecht“, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2000, 791.

ten. Lässt sich der *effet utile* wie im Fall der Grundfreiheiten durch die Zugrundelegung des Leitbilds eines mündigen Verbrauchers besser verwirklichen, dann legt der EuGH eben ein solches fest – mit der Folge, dass möglichst wenige nationale Freiverkehrsbeschränkungen namentlich aus dem Bereich des Lauterkeitsrechts vor den Grundfreiheiten Bestand haben. Wenn es dagegen um den *effet utile* der Richtlinien des Verbraucherprivatrechts geht und Markterfordernisse nicht dagegen sprechen, dann legt der Gerichtshof unversehens das Leitbild eines weniger informierten Verbrauchers zugrunde – und kassiert nationale Vorschriften wie im Fall *Cofidis*, die einen vernünftigen Ausgleich zwischen Verbraucher- und Verkehrsschutz zu realisieren trachten. Systemkohärenz und privatrechtliche Gerechtigkeit scheinen in diesem Entscheidungsprozess keinen Platz zu finden.

2. *Instrumentalisierung nicht informierter Verbraucher zur Öffnung europäischer Versicherungsmärkte*

Eine noch weitergehende Konstellation, in denen nationale Informationspflichten zum Schutz von Verbrauchern aus Gründen der Marktintegration sogar verboten wurden, bildet die Rechtssache *Axa Royale Belge*.²⁹ Diese betraf vertragliche Aufklärungspflichten nach der dritten Lebensversicherungsrichtlinie 92/96/EWG³⁰. Während die Richtlinie in Art. 31 Abs. 2 iVm. Anhang II B einen umfangreichen Katalog solcher Pflichten selbst regelt, erlaubt sie den Mitgliedstaaten die Festsetzung zusätzlicher Aufklärungspflichten nur dann, „wenn diese für das tatsächliche Verständnis der wesentlichen Bestandteile der Versicherungspolice durch den Versicherungsnehmer notwendig sind.“ Im Fall war eine belgische Vorschrift zu beurteilen, derzufolge der Versicherungsnehmer darüber aufzuklären ist, „dass die Kündigung, die Herabsetzung oder der Rückkauf eines laufenden Lebensversicherungsvertrags im Hinblick auf den Abschluss eines anderen Lebensversicherungsvertrags für den Versicherungsnehmer im allgemeinen nachteilig ist.“³¹ Im Einklang mit den Ausführungen des vorlegenden Gerichts führte der EuGH dazu aus, dass diese Bestimmung den Verbraucher nicht zum Vergleich angebotener Lebensversicherungsprodukte anrege, sondern ihm vielmehr nahelege, seinen laufenden Vertrag beizubehalten. Sie sei deswegen geeignet, inländischen Versicherern einen Wettbewerbsvorteil gegenüber Konkurrenten aus anderen Mitgliedstaaten zu

29 EuGH Rs. C-386/00, *Axa Royale Belge*, U. v. 5.3.2002, Slg. 2002, I-2209.

30 RL 92/96/EWG zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Direktversicherung (Lebensversicherung) sowie zur Änderung der Richtlinien 79/267/EWG und 90/619/EWG (Dritte Richtlinie Lebensversicherung), ABl. EG 1992 L 360/1.

31 EuGH Rs. C-386/00, *Axa Royale Belge*, U. v. 5.3.2002, Slg. 2002, I-2209, Rn. 6.

schaffen, die auf dem betreffenden Markt Fuß fassen wollten. Schließlich sei die vom belgischen Recht geforderte Aufklärungspflicht zu vage und allgemein und enthalte keinen Hinweis auf Kriterien oder Hilfsmittel, anhand derer der Versicherungsnehmer die wirtschaftliche Rentabilität eines Vertragswechsels beurteilen könnte. Deswegen wertete der EuGH die belgische Vorschrift als für das Verständnis der Police durch den Verbraucher nicht erforderlich und somit unvereinbar mit Art. 31 Abs. 3 der Lebensversicherungsrichtlinie.

Inhaltlich stellt dieser Fall ein skandalöses Beispiel für die Instrumentalisierung von Privatrechtsbeziehungen zur Förderung der Marktintegration dar. Denn mag sie auch allgemein und vage sein, beschreibt die belgische Aufklärungsvorschrift doch ein in der Sache zutreffendes, vielen Verbrauchern freilich nicht bekanntes Charakteristikum von Lebensversicherungsverträgen. Die nach belgischem Recht geschuldeten Informationen sind zwar pauschal, jedoch prägnant und leicht verständlich. Damit sind sie keinesfalls schädlich für die Verbraucher, sondern dürften diese viel eher zu genaueren Nachprüfungen zur wirtschaftlichen Rentabilität eines Vertragswechsels anhalten als die redundanten Informationen, die die Richtlinie verlangt. Somit hat der EuGH die Marktzugangsschwierigkeiten für ausländische Versicherer gegenüber einem effektiven Verbraucherschutz höher gewichtet. Dabei wird bewusst in Kauf genommen, dass eine größere Zahl von Verbrauchern bestehende Verträge in Unkenntnis der negativen finanziellen Folgen kündigt. Diese Verbraucher werden also der Integration der Versicherungsmärkte geopfert.

3. *Schwierigkeiten bei der Rechtsdurchsetzung im EU-Ausland als ambivalentes Argument*

Jenseits von Informationspflichten findet sich der instrumentale Ansatz des EuGH im Privatrecht auch bei der Interpretation des Topos des „einheitlichen europäischen Rechtsraums“, wobei es um – tatsächlich auftretende – Schwierigkeiten bei der Rechtsdurchsetzung im EU-Ausland geht. Während der EuGH im Fall *Mund/Fester*³² verlangte, solche Schwierigkeiten um der Integration willen zu ignorieren, hat er sie in jüngerer Zeit im Fall *Gysbrechts*³³ für beachtlich erklärt.

Im erstgenannten Fall ging es um die nach §§ 110 Abs. 1 a.F. und 917 Abs. 2 ZPO für ausländische Kläger vorgeschriebene Sicherheitsleistung. Dazu entschied der Gerichtshof, dass bei einer Vollstreckung im Anwendungsbereich des Europäischen Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommens (EuG-

32 EuGH Rs. C-398/92, *Mund v Fester*, U. v. 10.2.1994, Slg. 1994, I-467.

33 EuGH Rs. C-205/07, *Gysbrechts*, U. v. 16.12.2008, Slg. 2008, I-9947.

VÜ – heute ersetzt durch die EuGVVO), der sämtliche Mitgliedstaaten der Union umfasst, von „besonderen Schwierigkeiten“ bei der Rechtsdurchsetzung nicht mehr ausgegangen werden könne, so dass eine Sicherheitsleistung für EG-Ausländer nicht mehr gerechtfertigt sei. Vielmehr seien die Vertragsstaaten hier als einheitlicher Rechtsraum anzusehen. Bei Lichte betrachtet handelt es sich dabei um eine Fiktion, denn die Verfahren in vielen anderen EU-Mitgliedstaaten wie z.B. Italien sind bekanntlich sehr aufwendig und langwierig; deswegen kann es durchaus mit großen Schwierigkeiten verbunden oder gänzlich unrentabel sein, Prozesskosten in diesen Ländern gerichtlich geltend machen zu müssen. Außerdem hat der *ordre public*-Einwand, mit dem ein ausländischer Staat eine Vollstreckung zulässigerweise ablehnen kann, auch innerhalb Europas noch Gewicht. Solche tatsächlichen Schwierigkeiten bei der Rechtsdurchsetzung hat der EuGH im Fall *Mund/Fester* – gewissermaßen als Integrationshebel für die Schaffung eines einheitlichen Rechtsraumes – bewusst ausgeblendet. Nationale Gesetzgeber und Rechtsanwender dürfen sie nicht mehr berücksichtigen; sie müssen also im Sinne einer *affirmative action* zur Förderung des einheitlichen europäischen Rechtsraums „Verschiedenes gleich behandeln“. Methodisch ehrlicher wäre es freilich gewesen, hätte der EuGH die Schwierigkeiten einer Vollstreckung im Ausland nicht schlichtweg ignoriert, sondern die Instrumentalisierung des Zivilprozessrechts (durch den Anwendungsausschluss von §§ 110 Abs. 1 a.F. und 917 Abs. 2 ZPO) zugunsten der Integration wenigstens zu rechtfertigen versucht.

Im Fall *Gysbrechts* von 2008 hatte es der EuGH erstmals mit der besonderen Konstellation von strengerem nationalem Recht unter Geltung des Mindestharmonisierungsprinzips der Fernabsatzrichtlinie zu tun. Das belgische Verbraucherschutzgesetz vom 14.7.1991 sieht zum Fernabsatz vor, dass der Verkäufer vom Verbraucher vor Ablauf der Rücktrittsfrist von sieben Werktagen keine Anzahlung oder Zahlung verlangen darf. Dieses Verbot hat die belgische Praxis dahingehend ausgedehnt, dass vom Verbraucher innerhalb dieser Frist auch nicht die Angabe seiner Kreditkartennummer verlangt werden kann, da der Verkäufer anderenfalls in die Lage versetzt würde, den Kaufpreis schon vor Fristablauf einzuziehen. Wegen Verstoßes gegen dieses Verbot bekam Herr *Gysbrechts*, der mit seinem Unternehmen Lebensmittel über das Internet auch nach Frankreich vertrieb, in einem Strafverfahren in erster Instanz eine Geldstrafe auferlegt. Das Berufungsgericht hielt diesbezüglich jedoch einen Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit für denkbar und legte den Fall dem EuGH vor. Dieser betonte zunächst, dass strengeres Recht im Anwendungsbereich der Fernabsatzrichtlinie nach dem Mindestharmonisierungsgrundsatz prinzipiell erlaubt sei, jedoch den Vorgaben der Grundfreiheiten zu genügen habe. Im Anschluss bejahte der Gerichtshof zunächst einen Eingriff in den Schutzbereich der Ausfuhrfreiheit durch die belgische Regelung. Diese Frei-

heit enthalte nach ständiger Rechtsprechung zwar nur ein Diskriminierungsverbot, wonach sich unterschiedlich auswirkende spezifische Beschränkungen der Ausführströme verboten seien; vorliegend sei eine indirekte Diskriminierung von grenzüberschreitenden Geschäften freilich zu bejahen, da die Folgen des belgischen Verbots für den Verkäufer bei solchen Geschäften deswegen schwerwiegender seien, weil u.a. die Verfolgung säumiger Zahler in einem anderen Mitgliedstaat gerade bei kleineren Beträgen aufwendiger als im Heimatstaat sei. Das Verbot der Vorauszahlung lasse sich aber unter dem Gesichtspunkt effektiven Verbraucherschutzes rechtfertigen, da ein Verbraucher, der bereits gezahlt hat, weniger geneigt sein dürfte, sein Rücktrittsrecht auszuüben. Soweit jedoch das Verbot des Verlangens der Kreditkartennummer bei Kaufabschluss nur auf die Erwägung gestützt werde, den vorzeitigen Einzug des Kaufpreises zu verhindern, werde dieser Zielsetzung jedoch bereits durch das Verbot der Vorauszahlung selbst ausreichend Rechnung getragen. Deswegen liege insoweit ein Verstoß gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip vor.

Im Ergebnis wird man der Argumentation des EuGH in diesem Fall zustimmen können. Denn gerade bei grenzüberschreitenden Geschäften von geringem Wert führt die Vorleistungspflicht des Lieferanten, der, ohne eine Sicherheit zu erhalten, die Bezahlung erst nach Ablauf der Rücktrittsfrist verlangen kann, zu einer schwer zu rechtfertigenden Bevorzugung des Verbrauchers. Eine gerichtliche Durchsetzung solcher kleinen Zahlungsansprüche im Ausland wird oft tatsächlich nicht rentabel sein, so dass unehrliche Verbraucher in der Tat einen Anreiz hätten, erst einmal nicht zu bezahlen und mögliche rechtliche Schritte des Verkäufers abzuwarten. Vor diesem Hintergrund stellt die Lösung des EuGH, wonach der Verkäufer zwar nach der Kreditkartennummer fragen, diese jedoch vor Ablauf der Rücktrittsfrist noch nicht verwenden darf, einen plausiblen Kompromiss dar. Im Vergleich zur Entscheidung *Mund/Fester* ist jedoch frappierend, dass der EuGH hier gerade die schwierigere Anspruchsdurchsetzung in einem anderen EU-Staat hervorhebt, während er dort die Berücksichtigung dieses Umstands gerade nicht erlaubte. Eine nachvollziehbare Erklärung dieser Unterscheidung jenseits von einer *effet utile*-orientierten Beliebigkeit, bei der Erwägungen privatrechtlicher Gerechtigkeit keine Rolle spielen, ist freilich nicht ersichtlich.

4. *Der Übergang zur Maximalharmonisierung und ihre Folgen am Beispiel der Rechtsprechung zur Produkthaftungsrichtlinie*

Zu wenig Berücksichtigung finden privatrechtliche Gerechtigkeits- und Systemerfordernisse auch im Konzept der Vollharmonisierung, wie es neueren Richtlinien und Entwürfen zugrunde liegt – namentlich der Richtlinie zum Fernabsatz von Finanzdienstleistungen von 2002, der neuen Verbraucherkre-

ditrichtlinie von 2008³⁴ sowie dem Entwurf einer horizontalen Richtlinie über Verbraucherrechte vom Oktober 2008, in dem die Richtlinien zum Verbrauchsgüterkauf, zu missbräuchlichen Klauseln in Verbraucherverträgen, zu Haustürgeschäften und zum Fernabsatz zusammengefasst werden sollen.³⁵ Gerade in letztem Entwurf ist der Vollharmonisierungsansatz in jüngster Zeit zunehmend unter Kritik geraten und erscheint derzeit politisch kaum durchsetzbar. Nach dem Vollharmonisierungskonzept sind Abweichungen vom Verbraucherschutzstandard europäischen Rechts nach unten wie nach oben nicht mehr zulässig, eine Umsetzung muss diesbezüglich eins zu eins erfolgen. Dagegen hatte das von 1990 bis 1999 praktizierte Mindestharmonisierungsprinzip strengere – also den Verbraucher noch stärker schützende – nationale Umsetzungsregelungen zugelassen. Dadurch ließ sich in vielen Fällen die Kohärenz des Systems des nationalen Privatrechts noch retten.

Welche negativen Konsequenzen der Übergang zur Vollharmonisierung hat, hat die Rechtsprechung des EuGH in Entscheidungen zur Produkthaftungsrichtlinie von 1985 sowie zur Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken von 2005 bereits antizipiert. Die frühe Produkthaftungsrichtlinie von 1985³⁶ enthält überhaupt keine Vorgaben in punkto Voll- oder Mindestharmonisierung. Trotzdem haben sie die meisten Kommentatoren aufgrund ihres Rahmencharakters und der großen Zahl ihrer nur bruchstückartigen Regelungen und Lücken als Instrument der Mindestharmonisierung gewertet.³⁷ Das ist überzeugend, da wegen der lückenhaften Struktur der Richtlinie nicht ernsthaft von ihr erwartet werden kann, diese komplexe und sozial hochsensible Materie, die von verschiedenen nationalen regulativen Traditionen geprägt wird, effektiv und legitim zu regeln.³⁸ Dennoch hat der EuGH in drei Fällen vom 25.

34 Vgl. dazu kritisch Beate Gsell und Hans Martin Schellhase, „Vollharmonisiertes Verbraucherkreditrecht – Ein Vorbild für die weitere europäische Angleichung des Verbrauchervertragsrechts?“, JZ 2009, 20-29.

35 Vgl. kritisch zum Vollharmonisierungsansatz, Hans-Wolfgang Micklitz und Norbert Reich, „Der Kommissionsvorschlag vom 8.10.2008 für eine Richtlinie über ‚Rechte der Verbraucher‘, oder: ‚der Beginn des Ends einer Ära...‘“, EuZW 2009, 279; English version: „Crónica de una muerte anunciada: The Commission Proposal for a Directive on Consumer Rights“, CMLR 2009, 471; Simon Whittaker, „Unfair Contract Terms and Consumer Guarantees: the Proposal for a Directive on Consumer Rights and the Significance of ‚Maximum harmonisation‘“, ERCL 2009, 223, 240.

36 Richtlinie 85/374/EEC, OJEC 1985 L 210/29.

37 Vgl. Gert Brüggemeier, „Produkthaftung und Produktsicherheit“, ZHR 1988, 511, 531, 534; Geraint Howells, „Product Liability – A History of Harmonisation“, in: Hartkamp, Arthur S. et. al. (Hg.), *Towards a European Civil Code*, 3. Aufl., Den Haag et. al. 2004, 645.

38 Vgl. Harald Koch, „Internationale Produkthaftung und Grenzen der Rechtsangleichung durch die EG-Richtlinie“, ZHR 1988, 537; der unvollständige Charakter der Richtlinie wird ebenfalls durch ihre komplexe Wechselwirkung mit dem Produktsicherheitsrecht deutlich, siehe Geraint Howells, „The Relationship between Product Liability and Product Safety – Understanding a Necessary Element in the European Product Liability Through a Comparison with the US Position“, 39 Washburn Law Journal, 1999-2000, 305.

April 2002 entschieden, dass diese Interpretation unvereinbar sei mit dem vorrangigen Ziel der Richtlinie, eine einheitliche Regulierung der Produkthaftung zu schaffen – um Marktverzerrungen zu verhindern, wenn Unternehmen in einem Staat eine höhere Entschädigung an die Opfer eines gefährlichen Produkts zahlen müssen als in anderen.³⁹ Dabei hat der EuGH einer spanischen Klägerin, deren Gesundheit durch die Transfusion infizierten Blutes in einem öffentlichen Krankenhaus schwer geschädigt wurde, die Möglichkeit genommen, vom Krankenhaus gemäß dem geltenden spanischen Produkthaftungsgesetz Schadensersatz zu verlangen.⁴⁰ Der Grund für diese Entscheidung war, dass im Gegensatz zum spanischen Recht – das in dieser Hinsicht dem US-amerikanischen Recht folgt – das Opfer nach der Richtlinie nur gegen den Hersteller des defekten Produkts gerichtlich vorgehen kann, aber grundsätzlich nicht gegen ein anderes Glied der Vertriebskette, so wie hier das Krankenhaus, das das infizierte Blut nicht selbst hergestellt, sondern von einer regionalen Blutaufbereitungseinrichtung bezogen hatte. Neben diesem Fall hat der EuGH in anderen Verfahren Frankreich und Griechenland wegen Vertragsverletzung verurteilt, da sie die Richtlinie nicht Wort für Wort in nationales Recht umgesetzt, sondern versucht haben, einige ihrer offensichtlichen Mängel zu beheben, etwa bezüglich des Selbstbehalts bei Schadensersatzansprüchen.⁴¹

Diese Rechtsprechung opfert nationalen Verbraucherschutz sogar ohne ersichtlichen Nutzen für die europäischen Unternehmen. Denn tatsächlich machen der enge Anwendungsbereich der Richtlinie und ihre vielen Lücken das Ziel, europäischen Unternehmen eine einheitliche Regelung der Produkthaftung zu bieten, von vornherein illusorisch.⁴² Durch ihre Interpretation als ab-

39 Die Ablehnung dieser Rechtsprechung scheint zwischen europäischen Kommentatoren geradezu einstimmig zu erfolgen: Siehe Geneviève Viney, „L’Interprétation par la CJCE de la Directive du 25 Juillet 1985 sur la Responsabilité du Fait des Produits Défectueux“, I 177 La Semaine Juridique 2002, 1945; Jean Calais-Auloy, „Menace européenne sur la jurisprudence française concernant l’obligation de sécurité du vendeur professionnel“, Recueil Le Dalloz 2002, 1458; Alessandro Palmieri und Roberto Pardolesi, „Difetti del prodotto e del diritto privato europeo“, Il Foro Italiano 2002, 296; Christian Joerges, „Zur Legitimität der Europäisierung des Privatrechts. Überlegungen zu einem Recht-Fertigungs-Recht für das Mehrebenensystem der EU“, EUI Working Paper LAW 2003/2, 30 ff.; Marie-Eve Arbour, „Compensation for Damage Caused by Defective Drugs: European Private Law between Safety Requirements and Free-Market Values“, European Law Journal 2004, 87.

40 EuGH Rs. C-183/00, *González Sánchez*, U. v. 25.4.2002, Slg. 2002, I-3901.

41 EuGH Rs. C-52/00, *Kommission v Frankreich*, U. v. 25.04.2002, Slg. 2002, I-3827 und EuGH Rs. C-154/00, *Kommission v Griechenland*, U. v. 25.4.2002, Slg. 2002, I-3879.

42 Vgl. den aufschlussreichen Kommentar von Joachim Schmidt-Salzer und Hermann H. Hollmann, Kommentar EG-Richtlinie Produkthaftung, Vol 1, Heidelberg 1986, Einl IV, 135 ff., Rn. 73 ff., 79: „Hält man sich die Milliarden und Abermilliarden von Produkten vor Augen, die jährlich innerhalb des Gemeinsamen Marktes veräußert werden, ist bereits bei Beschränkung auf den in der Richtlinie geregelten Bereich (Personenschäden, private Sachschäden) betriebswirtschaftlich der Nachweis, daß innerhalb der Europäischen Gemeinschaft die unterschiedlichen Haftungsregeln die Warenströme beeinflussen, abwegig. Dazu sind die Unterschiede des Haftungsrechts letztlich zu gering und treten

schließende Regelung hat der EuGH das Produkthaftungsrecht auf dem Stand einer mittlerweile 25 Jahre alten, lücken- und mängelbehafteten Gesetzgebung eingefroren. Damit hat der EuGH die Mitgliedstaaten daran gehindert, ihre Verantwortung für ein sozial und ökonomisch gerechtes und effektives Produkthaftungsrecht wahrzunehmen. Eine ähnliche Entwicklung, freilich mit weitaus glimpflicheren Folgen, hat in der Zwischenzeit auch zur Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken von 2005 stattgefunden.⁴³

IV. Schlussfolgerungen

Insgesamt belegen die soeben erläuterten Beispiele, dass die Instrumentalisierung des Privatrechts für die Zwecke der europäischen Integration neben positiven Phänomenen auch beträchtliche Einbußen an Gerechtigkeit nach sich zieht. Vor diesem Hintergrund dürfte eine umfassendere Harmonisierung des Privatrechts, insbesondere das Projekt eines Europäischen Zivilgesetzbuches, an Bedeutung gewinnen. Denn ebenso wie die Grundrechtscharta außerwirtschaftliche Grundrechte gegenüber den Grundfreiheiten aufgewertet hat und den EuGH zwingt, jene ernster als früher zu nehmen,⁴⁴ würde ein Europäisches Zivilgesetzbuch der privatrechtlichen Gerechtigkeit im System der Integrationsverfassung einen höheren Stellenwert verleihen. Zwar könnte und sollte ein solches seine maßvolle Inpflichtnahme für Aufgaben und Ziele der Integration nicht beenden. Jedoch verliehe es dem Privatrecht unter den europarechtlichen Disziplinen ein stärkeres Gewicht, und der EuGH (oder ein spezialisiertes europäisches Gericht) avancierte nolens volens zum Wächter über seine Systemkohärenz. Die Unionsorgane sähen sich somit stärker daran gehindert, das Privatrecht im selben Maße wie bisher als relativ beliebige rechtliche Verfügungsmasse zur Verwirklichung von Integrationszielen zu behandeln.

Vor diesem Hintergrund lautet die derzeit wichtigste Frage des Europäi-

Produkthaftungsansprüche relativ viel zu selten auf. Die Beobachtung des Anteils, den (unter Ausklammerung 1. der US-Schäden, 2. der gewerblichen Sachschäden und 3. der Produkt-Vermögensschäden die sog. konventionellen Produktschäden innerhalb der Betriebshaftpflichtversicherung haben, belegt eindeutig, daß es sich im Vergleich zu den Warenvolumina um eine quantité négligeable handelt (...). Die vorgenannten Beispiele belegen, daß ein Unternehmen (...) schlichtweg fahrlässig handeln würde, wenn es seinen Warenstrom-Dispositionen und -Kalkulationen die Haftungsregelungen der EG-Richtlinie zugrunde legen würde.' Paradoxe Weise scheint es gerade die Ineffektivität der Richtlinie zu sein, die sie zu einem attraktiven Modell für Gesetzgeber weltweit hat werden lassen, die sich eines hohen „europäischen“ Verbraucherschutzstandards rühmen wollen, ohne ihre Industrie effektiv einzuschränken; vgl. Mathias Reimann, „Product Liability in a Global Context: the Hollow Victory of the European Model“, *European Review of Private Law* 2003, 128.

⁴³ EuGH Rs. C-261/07, *VTB-VAB v. Total Belgium*, U. v. 23.4.2009, Slg. 2009, I-2949, Rn. 60 ff.

⁴⁴ So in der Tendenz etwa Jürgen Kühling, „Grundrechte“, in: Bogdandy, Armin von/Bast, Jürgen (Hg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. Aufl., Dordrecht 2009, 657.

schen Privatrechts, in welchem Verfahren und von welcher Institution ein Europäisches Zivilgesetzbuch effektiv und legitim vorbereitet werden könnte. In dieser Hinsicht ist der gegenwärtige DCFR-Prozess unzureichend. Zwar sind die bisher vorliegenden inhaltlichen Ergebnisse trotz ihrer unbestreitbaren technischen Unzulänglichkeiten als erste Entwürfe durchaus akzeptabel und anschlussfähig. Jedoch wird der bisherige institutionelle und verfahrensmäßige Rahmen den fragilen Legitimitätsvoraussetzungen eines europäischen Kodex nicht gerecht. Um keine „Oktroiängste“⁴⁵ auszulösen und auch nicht auf eine bloße Existenz auf dem Papier verwiesen zu bleiben, müsste ein solches Projekt vielmehr nicht nur von den europäischen Institutionen, sondern auch von der Zivilgesellschaft und vor allem den nationalen Juristen, die damit gewissermaßen zu einem europäischen Juristenstand als „sektorialem Demos“ erstarken würden, auf breiter Front mitgetragen werden. Solche sektoralen Demoi existieren bisher transnational auf Spezialgebieten wie dem Europäischen Kartellrecht; im Privatrecht wären jedoch ungleich mehr Juristen einzubeziehen, die mit ihm in ihrer täglichen Arbeit beschäftigt sind. Offensichtlich genügt dafür die gegenwärtige Struktur und Organisation namentlich der federführenden Study Group on a European Civil Code, deren Mitglieder von einer kleinen Gruppe von Projektionierern ohne Beteiligungschancen für Außenseiter ausgewählt werden und die Entwürfe in kleinen wissenschaftlichen Gruppen und auf internen Treffen verfasst, nicht; auch die Einbeziehung der Stakeholder-Netzwerke war für eine ausreichende zivilgesellschaftliche Legitimation des Projekts zu selten, zu kurz und zu wenig vorbereitet.

Als institutionelle Alternative verdient deswegen ein erstmals im Jahr 2000 vor dem Europäischen Parlament formulierter⁴⁶ und in jüngerer Zeit von anderen Wissenschaftlern⁴⁷ und zuletzt auch Kommissarin Viviane Reding⁴⁸ aufgegriffener Vorschlag neue Beachtung: die Gründung eines europäischen Rechtsinstituts nach dem berühmten Vorbild des „American Law Institute“. Auf Initiative eines Founding Committee, das aus berühmten Richtern und Rechtswissenschaftlern aus vielen europäischen Ländern zusammengesetzt ist,

45 Vgl. Pierre Legrand, „*Antivonbar*“, *Journal of Comparative Law* 2006, 13; Yves Lequette, „Quelques remarques à propos du projet de Code civil européen de M. von Bar“, *Le Dalloz*, 25 juillet 2002, n° 28, *Chroniques*, 2202.

46 Näher Christoph Schmid, „Legitimitätsbedingungen eines Europäischen Zivilgesetzbuchs“, *JZ* 2001, 674.

47 Hugh Collins, *The European Civil Code, The Way Forward*, Cambridge 2008; Wolfgang Ernst, „Der ‚Common Frame of Reference‘ aus juristischer Sicht“, *AcP* 2008, 248, 278; Horst Eidenmüller, Florian Faust, Hans Christoph Grigoleit, Nils Jansen, Gerhard Wagner und Reinhard Zimmermann, „Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht“, *JZ* 2008, 529, 549 f.

48 Viviane Reding, *A European Law Institute: an Important Milestone for an Ever Closer Union of Law, Rights and Justice*, Rede am Europäischen Hochschulinstitut Florenz am 10.4.2010 (verfügbar auf: <<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/10/154&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>>).

wurde nunmehr zum 1.6.2011 ein Gründungskongress in Paris angesetzt.⁴⁹ Ein solches Institut würde eine wissenschaftlich und zivilgesellschaftlich legitimierte Institution darstellen, der die Verantwortung, einen verbesserten Kodex-Entwurf zu entwickeln, übertragen werden könnte. Sie könnte die fachliche Diskussion bündeln, strukturieren und konsolidieren, die Qualität der Arbeiten erhöhen, die Akzeptanz der Ergebnisse unter Juristen verbessern und die Vereinbarkeit von Gesetzesentwürfen mit dem sozialen, wirtschaftlichen und politischen Umfeld des Privatrechts sicherstellen. Durch eine solche Lösung würde mithin das dem Europäischen Privatrecht am ehesten angemessene prozedurale Rechtskonzept auch auf die Rechtsgenese („Rechtfertigung“) selbst übertragen. Ein solcher institutioneller Rahmen würde durch die Einbeziehung des europäischen Juristenstandes auch sicherstellen, dass das Europäische Privatrecht in erster Linie nicht Imperativen des Marktes, sondern der Gerechtigkeit verpflichtet ist. Im Konzert der europäischen Rechtsdisziplinen würde damit die Stimme des Privatrechts, die es vor exzessiven Instrumentalisierungen schützen sollte, endlich stärker vernehmbar.

⁴⁹ Näheres dazu unter <http://www.europeanlawinstitute.eu>.

Vom *effet utile* zum *effet néolibéral*: Warum setzt der EuGH die Integrität des Europarechts aufs Spiel? *

Michelle Everson

Christoph Schmidts Schrift enthält eine wichtige Botschaft. Dies lässt sich ironischerweise durch eine Verwandtschaft mit und Distanz zum Critical Legal Studies Movement (CLS) und dessen zentraler These von der Unbestimmtheit des Rechts verdeutlichen. Das bestimmende Motiv dieser Bewegung war keineswegs sozial im Sinne einer Materialisierung des Formalrechts wie sie im Deutschland in den 60er und 70er Jahren im Namen des Sozialstaatsgebots des GG an das Bürgerliche Recht herangetragen wurden. Gewiss, rückblickend ist von Duncan Kennedy zu hören, dass diese Dimension sozialer Transformationen im CLS durchaus präsent gewesen sei.¹ Aber ebenso präsent war dabei gleichzeitig die Diagnose Max Webers, der in politisch motivierten Gerechtigkeitsforderungen eine Gefährdung der Rationalität des Rechts erkannte.² Diese Ambivalenz ist in Kennedys Arbeiten allenthalben zu spüren,³ und sie erklärt die Unruhe, die von seinen und vielen anderen CLS-Schriften ausging. Die These ist provozierend gemeint und kann doch gleichzeitig geradezu konservativ gelesen werden: Als Besorgnis um die Integrität des Rechts. Die CLS-Kritik war ganz und gar auf das Innenleben des Rechts fixiert. Das „Recht als solches“ wurde als halt- und wehrlos hingestellt, und nicht etwa Recht als geronnene Politik verstanden, dem Recht eine politische Dimension insinuiert, die seine Qualität als Recht denunzieren würde. Zurück zu Christoph Schmid und seiner Auseinandersetzung mit dem EuGH: Mit seiner jüngeren, insbes. der arbeitsrechtlichen Judikatur, so lesen wir Schmidts Kritik, verfehle der Gerichtshof das Recht. Er setze seine große, in der formativen Phase der Integration eingeleitete Rechtsprechung, in der er die „Integration durch Recht“ begründet und verfasst habe, nicht mehr fort. Seine Rechtsprechung habe eine politische Wendung genommen, die in neoliberale Integrationsmuster einmün-

* Übersetzt von Christian Joerges.

1 Aufschlußreich das Interview Duncan Kennedys mit Mauro Zamboni vom Mai 2008. Es ist zugänglich unter <http://duncankennedy.net/documents/interview-may-2008-Mauro%20Zamboni.pdf>.

2 Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5. von Johannes Winckelmann besorgte Aufl., Tübingen 1972, 865-869.

3 Vgl. nur Duncan Kennedy, „The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality, or Max Weber’s. Sociology in the Genealogy of the. Contemporary Mode of Western Legal Thought“, *Hastings L. J.* 2004, 1031; ders., „Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000“, in: Trubek, David M./Santos, Alvaros (Hg.), *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, Cambridge, MA 2006, 19-73.

de. Gleichzeitig aber bewege der EuGH sich in dem globalen Kontext eines zunehmend kosmopolitischen Netzwerks von Gerichten: Er spreche zu einer kosmopolitische Gemeinschaft – der auch Bewegungen wie CLS Antworten schuldig geblieben seien. Kritisches Rechtsdenken müsse in dieser Konstellation den EuGH dahin bringen, von der Durchsetzung von Freiheitsrechten abzulassen, sich gerade nicht auf ein Gerechtigkeitsmodell einzulassen, das bloß auf ins Kosmopolitische gewendete Individualfreiheiten setze. Es müsse vielmehr darauf bestehen, dass Recht auch einer sozialen Gesamtverantwortlichkeit verpflichtet bleibt; er müsse eine Methodologie entwickeln, die, so schwierig oder nahezu unmöglich dies erscheinen mag, soziale Gehalte rechtlich konstituiert, dabei auf Forderungen sozialer Gerechtigkeit eingeht – und dabei ein Recht fertigt, das seine gefährdete Integrität bewahrt.⁴

I. Der enttäuschte Jurist

Christoph Schmid ist vom Gerichtshof enttäuscht.⁵ Damit steht er nicht allein.⁶ Ihre Gründe hat diese Ernüchterung in der neueren Rechtsprechung des EuGH, insbesondere in den Rechtssachen *Laval*, *Viking* und *Rüffert*.⁷ Angesichts des augenscheinlich gewerkschaftsfeindlichen Gehalts dieser Urteile mag es nahe liegen, das Ausmaß der gegenwärtig verbreiteten Missmuts und auch Ärgers über diese Akte auf eine linkslastige Unzufriedenheit mit der gesamten wettbewerblich bestimmten politischen Ausrichtung der EU zurückzuführen. Da-

4 Vgl. Zu all dem näher Michelle Everson und Julia Eisner, „The Making of the EU Constitution: Judges and Lawyers Beyond Constitutive Power“, Milton Park 2007, bes. 41 ff.

5 Siehe Christoph Schmid, „Vom effet utile zum effet néolibéral. Eine Kritik des neuen judiziellen Expansionismus des Europäischen Gerichtshofs“, in: Fischer-Lescano, Andreas u.a. (Hg.), Europäische Gesellschaftsverfassung. Zur Konstitutionalisierung sozialer Demokratie in Europa, Baden-Baden 2010, 33-54; ders., „Judicial Governance in the European Union – The ECJ as a Constitutional and a Private Law Court“, in: Eriksen, Erik Oddvar/Joerges, Christian/Rödl, Florian (Hg.), Law, Democracy and Solidarity in a Post-national Union, London-New York 2008, 85-105. Die Argumentation dieser beiden Arbeiten ist vertieft nachlesbar in der Habilitationsschrift: Die Instrumentalisierung des Privatrechts durch die Europäische Union. Privatrecht und Privatrechtskonzeptionen in der Entwicklung der Europäischen Integrationsverfassung, Baden-Baden 2010, auf die im folgenden nur ausnahmsweise Bezug genommen wird.

6 Siehe nur Christian Joerges und Florian Rödl, „Informal Politics, Formalised Law and the ‘Social Deficit’ of European Integration: Reflections after the Judgments of the ECJ in *Viking* and *Laval*“, *European Law Journal* 2009, 1-19; in allgemeineren verfassungstheoretischen Perspektiven Dieter Grimm, „Zum Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts: das Grundgesetz als Riegel vor einer Verstaatlichung der Europäischen Union“, *Der Staat* 2010, 476-495.

7 EuGH Rs. C-341/05, *Laval un Partneri Ltd v Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan und Svenska Elektrikerförbundet*, U. v. 18.12.2007, Slg. 2007, I-11767; EuGH Rs. C-346/06, *Rechtsanwalt Dr. Dirk Rüffert v Land Niedersachsen*, U.v. 3. 4. 2008, Slg. 2008, I-01989.

nach seien gerade Juristen, die einen weithin progressiv wirkenden Integrationsprozess unterstützt haben,⁸ nun, da der in Lissabon verkündeten Wachstums-Agenda Taten folgten, dabei, über Bord zu werfen, was ihnen so lange lieb und teuer war. Diese Deutung der Kritik am EuGH ist indessen verfehlt. Es geht jenen enttäuschten Juristen in Wahrheit um nicht mehr, aber auch nicht weniger als die Integrität des Europäischen Rechts.

Die essentielle Bedeutung der Arbeiten Schmidts besteht darin, dass sie die vergessene Einsicht kritischen Rechtsdenkens in Erinnerung rufen, die – so paradox das erscheinen mag – auch eine konservative Dimension bewahrt. Sogar in ihren extremeren Varianten, die sich in endlosen Dekonstruktionen und Introspektionen üben und dabei die Möglichkeit des Seins von Recht in Frage stellen, verfährt Rechtskritik immer auch insofern geradezu nostalgisch als sie sich unablässig bemüht, so oft sie dies auch dementiert,⁹ einen unabhängigen – internen und/oder selbstreferentiellen Ursprung legitimen Rechts oder der Legitimität des Rechtssystems zu finden. An eben diesen Bemühungen beteiligt Schmid sich – und muss eben deshalb den Kurs, den die Rechtsprechung des EuGH eingeschlagen hat, kritisieren.

In seinen Analysen richterlichen Handelns im Europäischen Privatrecht geht Schmid bis zu den Anfängen kritischen Rechtsdenkens und zur unentwirrbaren Unbestimmtheit des Rechts zurück. Richterliche Rechtsschöpfung im Allgemeinen und in der EU im Besonderen sind für ihn keine neuartigen Phänomene. Sie müssen vielmehr als Intensivierung der allgemeinen Folgen richterlicher Streitschlichtung verstanden werden. Dabei gesteht er ohne weiteres zu, dass die Judikatur in Europa angesichts der Schwächen seiner politischen Ordnung zur Übernahme von Aufgaben tendiert, die nach dem klassischen Verständnis der Gewaltenteilung der Exekutive oder der Legislative zu überlassen wären. Dennoch behandelt Schmid diese Tendenzen nicht als Anomalien. Es handele sich vielmehr um Dimensionen von Rechtsprechung, für die es methodologisch ausweisbare Gründe gebe und deren soziale Funktionen sich benennen ließen:

„Aus methodologischer Sicht gibt es keine klare Grenze zwischen Rechtsanwendung und Rechts(fort)bildung; die Anwendung allgemeiner Normen auf konkrete Sachverhalte fügt jenen Normen immer eine neue Bedeutung hinzu. Sozial bewegt die Rechtsanwendung sich dabei aber immer in einem weiteren gesellschaftlichen Kontext; deshalb wirken die politischen, ökonomischen und

8 Erinnert sei nur an die vom EuGH entwickelten Diskriminierungsverbote und insbes. seine Rechtsprechung zur Geschlechterdiskriminierung, zuletzt EuGH Rs. C-34/09, *Gerardo Ruiz Zambrano v Office national de l'emploi (ONEm)*, U. v. 8.3.2011 (Große Kammer), noch nicht in Slg.

9 Noch in der These, das Recht sei als solches gar nicht existent kommt die gegenteilige Hoffnung zum Ausdruck.

sozialen Umstände, in denen sie operiert, auf sie ein; diese Umstände beeinflussen die Auffassungen der Juristen und deren Entscheidungen“.¹⁰

Recht ist notwendigerweise unbestimmt. Große Vordenker der Rechtskritik wie Ehrlich, Sinzheimer und Heller, aber auch Politikwissenschaftler wie Harald Laski, haben dies gesehen: Mit der richterliche Rechtsanwendung bestimmter Rechtsnormen kommt das Recht nicht an sein Ziel – sie ist der nie zu Ende kommende Beginn der Rechtsverwirklichung. Darüber hinaus ist aber, wie Schmid mehrfach betont – und dabei die radikalen Dimension kritischen Rechtsdenkens bezeichnet – diese Offenheit nicht einfach ein Negativum, sondern vielmehr eine unabdingbare Voraussetzung der Anpassung des Rechts an sozialen Wandel. Daraus folgt, dass solches kritisches Rechtsdenken seine Legitimität in seinem weiteren sozialen Umfeld finden muss, so dass es keine klare Trennlinie zwischen richterlichem und politischem Handeln geben kann.¹¹ Dennoch aber und notwendigerweise gilt für einen derart kritischen Konservatismus Laskis Diktum:

„Das Problem eines philosophisch gebildeten Juristen besteht, zugespitzt formuliert, darin dass er seine rein formalistische Analyse in Kategorien zur Geltung bringen muss, die sich auf die wirkliche Welt beziehen“.¹²

Es hat gewiss seine Berechtigung, dass man in der Governance-Forschung sowohl politisches Regieren als auch richterliches Entscheiden an allgemeinen theoretischen Maßstäben der Effizienz und der Legitimität misst.¹³ Wir dürfen deshalb aber nicht die Unterschiedenheit des Rechts von der Politik außer Acht lassen, dass Recht nicht politischer Parteilichkeit schuldig machen, dass es schon gar nicht zum Handlanger purer Gewalt werden darf. Die Werkzeuge der Politikwissenschaft bleiben, so wichtig ihre Handhabung auch ist, immer unzureichend, wenn es um die Legitimation des Rechts geht. Richter werden jedenfalls in Europa nicht gewählt. Wenn Recht Legitimität bewahren soll, so darf sein Einwirkung auf sein soziales Umfeld sich nicht als ein Stück Politik darstellen; die Legitimität seiner Wirkung muss sich vielmehr seiner unabhängig operierenden Methodologie verdanken. Zumindest bei den konstruktivistischen Strömungen kritischen Rechtsdenkens und auch des Critical Legal Studies Movement handelt es sich nicht etwa um Bewegungen, die soziale Radikalität um ihrer selbst willen propagieren würde. Diese Radikalität wird stets

10 Schmid, *Judicial Governance* (Fn. 5), 85.

11 Ebenda.

12 Im englischen Original lautet diese Passage: „The problem of the juristic philosopher, in short, is the difficult one of validating his purely formal analysis of categories for the actual world about us“. Harald Laski, „Law and the State“, in: ders. (Hg.), *Studies in Law and Politics*, 1935, zitiert nach der von Paul Hirst besorgten Neuausgabe: *The Pluralist Theory of the State*, London 1993, 302.

13 Vgl. Schmid, *Judicial Governance* (Fn. 5), passim.

durch eine methodologische Disziplin gemäßigt, sogar gebändigt (und manchmal wohl auch dementiert), die auf soziale Bewegungen mithin so reagiert, dass sie deren Legitimität gewährleistet. Dies aber setzt voraus, dass solche Radikalität im bestehenden Rechtsrahmen einen Halt findet, also in kohärenten (Laski: in wissenschaftlichen) Prinzipien, Doktrinen und dem Selbstverständnis des Rechtssystems im Zeitpunkt seiner Anwendung.

Christoph Schmid ist ein kritischer, aber konservativer Jurist und eben deshalb zeigt uns seine Arbeit die Gefahren der neueren EuGH-Rechtsprechung in ihrem ganzen Ausmaß. Dabei geht es nicht einfach um eine Auflösung regulativer Vorkehrungen der Nationalstaaten, die deren Arbeitsrechts- oder Verbraucherschutzpolitik stützen und verstetigen. Es geht um mehr, nämlich eine Unterminierung der Integrität des Europäischen Rechtssystems, wenn Europarichter dazu übergehen, die Doktrin vom *effet utile* mechanisch derart umzusetzen, dass sie nur noch als politische Proklamation des *effet néolibéral* zur Geltung kommt.¹⁴ Als Skandalon empfindet er, dass dabei eine tragende Säule der Legitimität der Europäischen Integration – das Europäische Recht – seine Legitimationskraft einbüßt: dies motiviert seine Kritik an einer Rechtsprechung, die sich mit einer bloß „formalistische Disziplin“ begnügt und ihre Entscheidungsfindung dabei noch juristisch-handwerkliche Schwächen erkennen lässt.¹⁵

Die folgenden Bemerkungen sollen die Analyse Schmidts bestätigen, sie aber auch ein Stück weiterführen. Sie sollen zum einen die konstitutionellen Aspekte der Rechtsprechung des EuGH im Privatrecht benennen und diese neue Qualität seiner Praxis kritisch prüfen. Sie sollen zum anderen einer Frage nachgehen, die Schmid so nicht stellt: Wie können wir uns erklären, dass der EuGH die Qualität des Europäischen Rechts in dieser Weise aufs Spiel setzt? Beide Schritte sollen eine abschließende Evaluation von Schmid kritischer Methodologie vorbereiten und die Frage stellen ob die Disziplinierungen die er mit seiner Doktrin einer „reflexiven Abwägung“ vorschlägt, dem sozialen Umfeld des Europäischen Rechts entsprechen, und ob sie ausreichen, um die Integrität des Europäischen Rechts wieder herzustellen.

II. Der listenreiche Jurist

Schmid zufolge hat sich die derzeitige Unruhe über das Handeln des EuGH in den Kreisen der Verfassungsrechtler seit geraumer Zeit in der Besorgnissen von Privatrechtlern über selektive und destruktive Europarechtliche Interventi-

14 Ebenda.

15 Ebenda.

onen in das dichte Gefüge privatrechtlicher Vorschriften in den nationalen Rechtssystemen angekündigt. Die Problemkonstellation, die Schmid dabei in erster Linie interessiert, sind „diagonale Kollisionen“: Dies sind zum einen „Kollisionen der Grundfreiheiten mit nationalen Regelungen außerhalb gemeinschaftlicher Zuständigkeit“¹⁶, zum anderen aber auch Kollisionen zwischen europäischem regulativen Recht, das sich auf entsprechende kompetenzrechtlichen Grundlagen stützt, und in den Mitgliedstaaten geltendem „materialisierten“ privatrechtlichen Vorschriften.¹⁷ In beiden Fällen handelt es sich um Phänomen, die Fritz W. Scharpf als Entkoppelung von nationalem und europäischem Recht beschrieben hat.¹⁸ In derartigen Konstellationen kommt es durch das unablässige Bemühen des EuGH um die Beförderung der Wirksamkeit des Europäischen Rechts (*effet utile*) in Verbindung mit einem unangemessenen oder am Buchstaben hängenden Formalismus, zuweilen auch dank schockierender rechtstechnischer Schwächen, zu deregulativen Eingriffen und Inkohärenzen beim Verbraucherschutz und im zwingenden Vertragsrecht – dem von Schmid diagnostizierten *effet néolibéral*.¹⁹ Demgegenüber war, wie Schmid ebenfalls betont, die Europäische Rechtsprechung in der Vergangenheit viel behutsamer.²⁰ Hieran lässt sich das Verhältnis zwischen der konstitutionalisierenden und der privatrechtlichen Rechtsprechung des EuGH verdeutlichen. Der frühe, Europa verfassende EuGH bewies die Weisheit eines Methusalem, scheint nun aber, paradoxerweise mit zunehmendem Alter, rechtlichen Scharfsinn und Weitsicht eingebüßt zu haben.

Schmid behandelt in knapper Form auch die konstitutionalisierende Rechtsprechung. Die frühen Jahre des EuGH sieht er durch einen judiziellen Aktivismus geprägt, der das Europäische Recht dadurch stärkte, dass er es mit der nicht-rechtlichen Europäischen Integrationsbewegung verband. Die Antriebskraft, die sich dadurch entfalten konnte, war nicht bloß durch Recht legitimiert; aber sie legitimierte sich innerhalb des Rechts insofern als die judizielle Entwicklung der revolutionären Doktrinen zur Direktwirkung und zum Vorrang zugleich in alten, „allgemein anerkannte“ Rechtsprinzipien fest verankert waren: Rechtsprinzipien wie das römisch-rechtliche Verbot des *venire contra factum proprium* und den *estoppel*-Grundsatz des Common Law. Es ging einfach darum, den Mitgliedstaaten vorzuhalten, dass sie Recht, das sie selbst in den

16 Schmid, Instrumentalisierung (Fn. 5), 139 ff., 479 ff.

17 Dazu schon Christoph Schmid, „Diagonal Competence Conflicts between European Competition Law and National Law. The example of book price fixing“, ERPL 2000, 155-172.

18 Fritz W. Scharpf, „The European Social Model: Coping with the Challenges of Diversity“, Journal of Common Market Studies, 2002, 645–670,

19 Schmid, From *effet utile* to *effet néolibéral* (Fn. 5).

20 Schmid, Judicial Governance (Fn. 5).

Verträgen in ihrem eigenen Interesse niedergelegt hatte, nicht verleugnen durften. Dementsprechend durften dann auch Europäische Bürger das Versprechen einen „Gemeinsamen Marktes“ für sich nutzen. Das Über-Setzen der Estoppel-Doktrin in ein Prinzip von Verfassungsrang im Europäischen Recht, das dessen Wirkungskraft sicherte, die nationale Souveränität begrenzte und Europäische Individualrechte schuf, war in dem Sinne und in dem Maße revolutionär, in dem der EuGH eine supranationale Rechtsordnung kreierte, in der sich die Faktizität der Europäischen Integration (oder ein radikaler Integrationswunsch) widerspiegelte. Es handelte sich dennoch auch um einen konservativen Übersetzungsakt, der die neue konstitutionelle Qualität des Europäischen Rechts durch dessen Verankerung in hergebrachten und anerkannten Rechtstraditionen abstützte.

In dieser kritischen rechtlichen Perspektive begründet der judizielle Aktivismus rechtschöpferische Akte, die ihre Legitimität daraus herleiten, dass sie unpolitische Akte sind; sie behalten diese Legitimität nur in dem Maß, in dem sie diese Distanz zum Politischen beachten. Sie müssen sich durch ihre Beziehung zu rechtlichen Traditionen als Akte einer rechtlichen Konsolidierung ausweisen, zugleich aber die Integrität des Rechtssystems bewahren. In der von Rudolf Wiethölter²¹ geprägten Begrifflichkeit: Der Rechtsprechungsakt kann nur in dem Maße als legitim gelten, in dem er als *Rechtsverfassungsrecht* begreifbar ist, als ein rechtlicher Prozess, in dem das Recht beides zustande bringt: eine soziale Selbst-Konstitution, die sich radikal auf soziale Bewegungen einlässt, und eine Selbst-Konstitution, mit der rechtliche Integrität konservativ gewahrt bleibt.

Diese Lesart der Wiethölterschen Formel bringt nun aber auch jenes berühmte Paradox in Erinnerung, mit dem Max Weber uns konfrontiert hat und das uns nach wie vor verfolgt. Weber zufolge steht das Recht immer in einem unauflösbaren Spannungsverhältnis zwischen einem Rechtsformalismus, der die Kontinuität und Integrität des Rechtssystems und gleichzeitig die marktwirtschaftliche Funktionsbedingungen gewährleistet, und einer auf Materialisierungen drängenden Gegenbewegung, die nicht-rechtliche Forderungen nach einer Verwirklichung von sozialer Gerechtigkeit im Recht aufgreift, ohne sich darum zu kümmern, wie widerspruchsvoll dem Recht die Integration dieser Art Gerechtigkeit erscheinen mag. Hier nun gilt es, über die Analyse Schmidts hinauszugehen und zu erkennen, wie genial und geschickt der EuGH in seiner frühen Rechtsprechung mit dem Spannungsverhältnis von Paradoxie und radikalisierte Prozeduralisierung, zwischen rechtlich Unmöglichem und „Rechtsverfassungsrecht“ umgegangen ist.

21 Siehe näher und mit einschlägigen Nachweisen, Everson/Eisner (Fn. 4), 41 ff.

Mit anderen Worten: ebenso wie der traditionelle, von Prinzipien geleiteten Formalismus, den Schmid in der frühen konstitutionellen Rechtsprechung des EuGH erkennt, lässt sich die ursprüngliche, auf die ökonomische Integration ausgerichtete Entwicklung des Europäischen Rechts in den Bezugsrahmen stellen, den Weber in seiner Rechtssoziologie für die Interdependenzen von Formalrecht und kapitalistischer Wirtschaft konstruiert hat. Diese Deutung drängt sich auch deshalb auf, weil die „normale“ Legitimation einer Verfassung nicht in Betracht kam und ein *pouvoir constituant* nicht verfügbar war. Als eine davon unabhängige Legitimation des übergeordneten Rechts der *Wirtschaftsgemeinschaft* kam am ehesten die moderne, post-naturrechtliche Funktion des westlich-kontinentalen Rechts in Frage: der Aufbau und die Gewährleistung einer immer abstrakteren Marktordnung, die nichts mehr mit dem face-to-face Handeln ehrbarer Kaufleute zu tun hat. Webers Formalrecht steht für die Sicherheit des Rechts und der Wirtschaft, das Privatrecht des Vertrages und vertraglicher Rechte, das den wirtschaftlichen Verkehr innerhalb und zwischen den avancierten Industriegesellschaften gewährleistete: für die von Ernst-Joachim Mestmäcker dann so genannte Europäischen „Privatrechtsgesellschaft“. ²² In der Sprache des judiziellen Aktivismus des EuGH: dieses neue gesellschaftliche oder nicht-staatliche Recht entstand durch die Begrenzung nationalstaatlicher souveräner Herrschaft und die Etablierung europäischer wirtschaftlicher Individualrecht. Beide, die Vorrangdoktrin und die Doktrinen der Direktwirkung bauten die Handelsschranken in nationalen Rechtsordnungen ab, sie etablierten und gewährleisteten den europäischen Marktverkehr. ²³

Insoweit mag man dem frühen EuGH attestieren, dass ihm die Ausbildung eines *Rechtsverfassungsrechts* für Europa gelungen ist. Die supranationale Suprematie und die postnationalen Individualrechte verfassten die Integrationsbewegung und waren in ihren sozialen Auswirkungen zweifellos radikal. Gleichzeitig realisierten diese Doktrinen ein wichtiges Ziel des Rechts der modernen europäischen Nationalstaaten, nämlich den Übergang von der Volkswirtschaft zu einer Europäischen Wirtschaft, und standen damit gleichzeitig in einer fortwirkenden rechtlichen Legitimation. Es ist indessen nicht diese ökonomische Gründungsformalismus des Europäischen Gerichtshofs, der Begründung des Europäischen Gerichtshofs, der ihn als eine so außergewöhnliche Rechtsprechungsinstanz auszeichnet; wiederum ist vielmehr, so paradox dies auch erscheinen mag, der Genius und die List des Gerichtshofs in der augenschein-

22 Ernst-Joachim Mestmäcker, „Die Wiederkehr der bürgerlichen Gesellschaft und ihres Rechts“, *Rechtshistorisches Journal* 1991, 177 ff. und dazu die Kritik von Klaus Günther, „„Ohne weiteres und ganz automatisch“? Zur Wiederentdeckung der „Privatrechtsgesellschaft““, *Rechtshistorisches Journal* 1992, 473 ff., 494 ff.

23 Everson/Eisner (Fn. 4).

lichen Instabilität seiner rechtlichen Methodik zu finden. Nachdem der Gerichtshof das privat-gesellschaftliche Recht eines rechtlich-ökonomischen Formalismus mit Verfassungsrang ausgestattet hatte, sah er sich vor die unlösbare Aufgabe gestellt, zwischen sozial, ökonomisch und politisch formulierten Gerechtigkeitsansprüchen in dem von der Politik unabhängigen politische Medium des Rechts zu vermitteln. Der allein mögliche Umgang mit dieser Schwierigkeit bestand dar, rechtlichen Inkonsistenzen in Kauf zu nehmen die methodologische Perfektion auf sich beruhen zu lassen. So gesehen kann man die verfassungsrechtliche Weisheit des frühen EuGH aus seiner Bereitschaft rekonstruieren, nach Belieben von der Anwendung wissenschaftlich belegter Maßstäbe materialer Gerechtigkeit gelegentlich zu einem unsinnigen Formalismus überzugehen, und bei all dem eine innovativen radikalen Rechts-Prozeduralismus voranzutreiben, der dem Gerichtshof keineswegs den Aufbau eines Europäischen Gemeinwesens zuwies, sondern statt dessen die Qualität einer Politisierung der Entscheidungsprozesse in der Europäischen Union befördern sollte.²⁴

Im Zuge der Vertiefung und Ausweitung der Integration in den 80er und 90er Jahren wurde dann die Konstitutionalisierung durch den EuGH unvermeidlicherweise nicht nur mit sich verschärfenden Formen der Weberschen Paradoxien konfrontiert, nämlich Forderungen nach einer Re-Materialisierung im neu etablierten Einheitlichen Europäischen Markt, die in Konflikten zwischen nationalem und Europäischem Recht zum Ausdruck kamen; es ging nun auch um konkrete Forderungen nach politischer Gerechtigkeit in dem sich ausbildenden europäischen Gemeinwesen. Allerdings wirkten Verbraucherschutz und sozialregulative Belange, die in nationalen Rechtsrahmen verankert waren, weiterhin als Handelsschranken, und behielten ihre Überzeugungskraft. Gleichzeitig stellten sich nun angesichts des inkrementell-expansiven Dynamik der ökonomischen Integration unausweichlich Fragen nach der Angemessenheit des institutionellen Gefüges für politische Entscheidungen der Gemeinschaft und Union: Sollten die Mitgliedstaaten (der Rat), sollte das institutionisierte Integrationsgewissen (die Kommission) oder vielmehr das Volk (das Parlament) den künftigen Kurs der Union bestimmen?

Angesichts einer derartiger komplexen Lage, konnte das *Rechtsverfassungsrecht* des EuGH sich nicht streng formal orientieren und auch nicht die ökonomischen Individualrechte unbegrenzt ausbauen, um dabei in der regulativen Politik einen „race to the bottom“ einzuläuten. Der EuGH konnte andererseits aber auch nicht dazu übergehen, sich gegenüber den politischen Institutionen eine eigene konstitutionelle Rolle zuzuschreiben. In seiner Rechtsfin-

24 Everson/Eisner (Fn. 4).

derung verzichtete er notgedrungen auf methodologische Stringenz, übte eine richterliche Selbstbeschränkung und sorgte so dafür, dass nicht das Recht, sondern politische und soziale Debatten das Telos der Integration bestimmten.

Gewiss, die Negativintegration und die Entscheidungsketten, die den Aufbau des einheitlichen Marktes absicherten, setzten die marktschaffenden Traditionen des Rechtsformalismus fort. Gleichzeitig kamen aber mit dem Proportionalitäts- und dem Vorsorgeprinzip Ansätze einer Materialisierung zur Geltung, die in Verbindung mit der Forderung nach – und Anerkennung von – „wissenschaftlich“ fundierten Begründungen nationaler Regulierungen, der Reichweite des Europäischen Rechts und dem Marktaufbau Schranken setzten.

Nationalstaatliche regulative Vorkehrungen blieben für den Europäischen Markt bedeutsam. Gleichzeitig förderte der Gerichtshof institutionelle Innovationen, mit denen die von ihm anerkannten Gerechtigkeitsprinzipien gestützt werden konnten.²⁵ Freilich geschah dies nur da, wo die Entwicklung Europäischer Prinzipien einen starken Rückhalt in den Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten fand. Wo dies nicht der Fall war,²⁶ behalf der Gerichtshof sich mit einem dubiosen Formalismus: mit der Berufung auf vermeintlich eindeutige textliche Vorgaben vermied er politische Aussagen. Aber es gab darüber hinaus methodologische Ansätze zur Förderung prozeduraler Absicherungen der Qualität Europäischer Entscheidungsprozesse, beispielsweise durch die Anerkennung des Rechts von Interessengruppen und allen Betroffenen, im politischen Entscheidungsprozessen gehört zu werden.²⁷

Ökonomischer Formalismus, wissenschaftliche Vergewisserung, institutionelle Prozeduralisierungen und der ‘transcendental nonsense’²⁸ eines buchstabenfixierten Formalismus: der Gerichtshof war in der Wahl seiner Methoden alles andere als konsistent. Aber in all diese Unvollkommenheit blieb erkennbar, dass er darauf Bedacht nahm, sich nicht politisch zu exponieren. In umsichtiger Selbstbeschränkung verankerte der Gerichtshof seine Gesellschaftlichkeit konstituierende Radikalität in seinen Bemühungen um Rationalität (Wissenschaft), der Ermutigung politischer Interessengruppen und sozial, nicht rechtlich ausgetragener Debatten um das Telos der Integration. In umsichtiger Selbstbeschränkung verankerte der Gerichtshof seine Gesellschaftlichkeit konstituierende Radikalität in seinen Bemühungen um Rationalität (Wissenschaft), der Ermutigung politischer Interessengruppen und sozial, nicht rechtlich aus-

25 So gesehen bei der Verteidigung und Ausweitung der Kompetenzen des Europäischen Parlaments.

26 Ein eindringliches Beispiel bietet die Erweiterung von Individualklagebefugnisse; vgl. Everson/Eisner (Fn. 4), 125 ff.

27 Ebenda.

28 Felix S. Cohen, „Transcendental Nonsense and the Functional Approach“, *Colum. L. Rev.* 1935, 808-849.

getragener Debatten um das Telos der Integration. Gleichzeitig bewies der Gerichtshof konstitutionelles Geschick. Trotz oder auch wegen seiner methodischen Disziplinlosigkeit gelang ihm ein judizieller Aktivismus, der das Europäische Gemeinwesen voranbrachte, ohne dabei das Europäische Recht zum Instrument bestimmter politischer Ziele, geschweige denn bloßer Machtinteressen degenerieren zu lassen.

III. Der ungestüme Jurist

Unvollkommenheiten auszuhalten, fällt Juristen besonders schwer. Indessen hat der von uns als radikale Prozeduralisierung gekennzeichnet Vorgehensweise in der älteren Rechtsprechung dem EuGH gute Dienste geleistet. Die Bereitschaft des Gerichtshofs, die Integrität des Rechts über methodologische Stringenz zu stellen, war nicht einfach einem ökonomischen Formalismus geschuldet; Sinn und Zweck der Schwankungen in der Methodologie war es vielmehr, das Rechtssystem gegen politische Zumutungen abzusichern – und dies hat Befolgung der Urteile des EuGH in einem eindrucksvollen Ausmaß gesichert. Warum hat dann der EuGH in seiner jüngeren Rechtsprechung diesen Pfad von List und Umsicht verlassen?

Kritik haben vor allem die Urteile in den Verfahren *Viking*, *Laval* und *Rüffert* provoziert.²⁹ Um diese Kritik zusammenzufassen und dabei auch die unschlüssige Abkehr des Gerichtshofs von den in Entscheiden wie *Schmidberger* oder *Albany* entwickelten Doktrinen deutlich zu machen: Der wichtigste Einwand, der teils streng juristisch formuliert wird, teils auf den Kontext und die Folgen der Urteile verweist, ist augenscheinlich, dass der Gerichtshof es anders als in seiner früheren Rechtsprechung versäumt habe, die Implikationen aushaltbar zu gestalten, die sich ergeben, wenn dem gesellschaftlich-privaten Recht eine konstitutionelle vorrangige Qualität zugesprochen wird. Mit seiner Weigerung, das Webersche Paradox zur Kenntnis zu nehmen, ist der EuGH zugleich der gewiss ungemein schwierigen Aufgabe ausgewichen, sein Rechtsverfassungsrecht fortzuschreiben. Er setzt offenbar ganz auf die Legitimationskraft einer Effizienzorientierung des Rechts, die sich nur mehr Vorstellungen einer allokativen Gerechtigkeit verschreibt, die deshalb das in nationalstaatlichen Rechten gewährleistete Streikrecht der Europäischen Freiheit der Dienstleistungserbringung unterordnet und eine nationalstaatliche Befugnis, Kollektivverträge abzusichern, für *per se* wettbewerbswidrig erklärt.

Hinter vorgehaltenen Händen verbreitet sich das Gerücht, diese Umorien-

29 Siehe die drei in Fn. 5 genannten Arbeiten von Christoph Schmid m.w.N.

tierung habe mit der juristischen Überforderung des Gerichtshofs zu tun, dessen Zusammensetzung sich nach der Erweiterung der Union dramatisch verändert hat: So sei etwa das Versäumnis, die richtigen Schlussfolgerungen aus dem *Schmidberger*-Urteil zu formulieren, das den Vorrang der Demonstrationsfreiheit gegenüber der Freiheit des Warenverkehrs anerkannt hatte, einfach auf die Unkenntnis der konstitutionellen Wesensgehalts-Doktrin und eine Verkenning der kategorialen Differenzen von politischer Grundrechte und ökonomischen Freiheitsrechte zurückzuführen. Indessen sind derart anekdotische oder personalisierende Kritiken mit äußerster Vorsicht zu behandeln, zumal das entschiedenste Votum für alloкатive Effizienz von einem gestandenen Europarechtler stammt. Es war GA Póitares Maduro, der in der Rechtssache *Viking* von einer Übernahme der *Albany*-Doktrin absah, nach der politisch legitimes Sozialrecht dem Zugriff Europäischen Wettbewerbsrechts entzogen ist, und der dann vor den Gerichtshof – mit Erfolg – dafür eintrat, die Europäischen Marktfreiheiten mit horizontaler Direktwirkung auszustatten, um so das einstmals nur negativ definierte Verbot regulativer Beschränkungen in ein striktes transnationales wettbewerbliches Regime umzugestalten, das nicht nur die private, sondern auch die soziale Sphäre beherrscht. Die Bürger Europas und die Regierungen der Mitgliedstaaten sind von nun an gehalten, die strikt wettbewerbliche Strukturierung des Europäischen Marktes zu respektieren.³⁰

Gewiss sind bei alldem auch die Persönlichkeiten und die Herkunft der handelnden Juristen von Bedeutung. Aber angesichts der kollegialen Zusammensetzung der Gerichte und des Rechtssystems als ganzem muss ein Paradigmenwechsel, wie ihn der EuGH bei dem Übergang von einer methodologisch ambivalenten Spruchpraxis zu einer augenscheinlich parteilichen Orientierung an Konzeptionen ökonomischer Effizienz vollzieht, tiefer in einer Einstellungen verändernden Bewegung des Rechts begründet sein, einer Entwicklung, die dafür sorgt, dass die Argumentationen juristischer Meinungsführer breite Zustimmung finden. Vor diesem Hintergrund hat man die Kehrtwendung der neueren Rechtsprechung in einen global-kosmopolitischen adjudikativen Kontext zu verorten, in dem neben dem EuGH nationale Verfassungsgerichte, supranationale und internationale Gerichtshöfe für Menschenrechte agieren, die Individualrechte entwickeln und deren Rechtsfindung insgesamt durch eine Orientierung an Rechten geprägt ist. Es ist dies eine Praxis, in denen individuelle Gerechtigkeitsansprüchen gegenüber kollektiven Belangen

30 Allerdings ist juristisch schwer nachvollziehbar, wie GA Póitares Maduro seine Anerkennung der Direktwirkung von Art. 28 mit dem *Schmidberger*-Urteil in Übereinstimmung zu bringen versuchte, obwohl dieses Urteil nicht den österreichischen Demonstranten, sondern der öffentlichen Gewalt das Verhältnismäßigkeitsgebot vorhielt; vgl. einerseits EuGH Rs. C-112/00, *Schmidberger*, U. v. 12.6.2003, Slg. 2003, I-5659, andererseits den Schlussantrag von GA Maduro v. 23.5.2007 in der Rechtssache C-438/05.

zur Geltung gebracht werden, die aber immer wieder Irritationen auslöst, politisch kontingente Entscheidungszusammenhänge und regulativ Politiken kollektiv etablierter Gemeinwesen erodiert.³¹

Für eine eher dekonstruktiv ausgerichtete Rechtskritik und im Hinblick auf die globalen Präferenzen für Individualrechte, mag sich die jüngere Rechtsprechung des EuGH auch als Ausdruck von Empathie und Nächstenliebe darstellen. In der globalen Konstellation einer verstärkt kosmopolitischen rechtlichen Ordnung, die keine Verbindungen zu Kollektivbürgerschaften der Nationalstaaten hat, und angesichts von Rechtsforderungen einer kosmopolitischen Klientel, die seit jeher von Kollektive organisierenden Entscheidungsprozessen ausgeschlossen bleiben und benachteiligt werden, erscheint ein Rechtsverfassungsrecht in all seiner Aussichtslosigkeit und Unstimmigkeit in der Tat bloß als „leidiger Tröster“. Die globale rechtliche Ordnung reagiert statt dessen auf Forderungen, die an sie herangetragen werden mit den ihr eigenen Aussichtslosigkeiten, etwa einem *objet petit à*,³² oder mit dem radikalem persönlichen Engagement für die immer nur partielle Gerechtigkeit der Immanenz, durch unvermittelte judizielle Reaktionen auf individuelle Forderungen nach einer existentiellen Gerechtigkeit.

In seiner Rechtsprechung zur Europäischen Bürgerschaft hat der kosmopolitische Europäische Gerichtshof, in dem immer mehr Juristen ihr Rechtsverständnis in Europäischen Zusammenhängen statt in nationalen Kontexten ausgebildet haben, die Ausschlußwirkungen der Staatsangehörigkeit – und sogar die ihre Europäische Variante – eindringlich in Frage gestellt, wenn sie mit kosmopolitischen Individuen konfrontiert wurde, für die unsere nationalpolitische Kollektivität existentielle Gefährdungen zur Folge hat.³³ Ebenso können gerade auch *Viking* und *Laval* als Exempel einer von Empathie getragenen Rechtsprechung verstanden werden. Die Entsenderichtlinie, auf die vor allem der *Laval*-Entscheid gestützt wurde, ist gewiss ein politisch ambivalenter Beleg dafür, dass die Sozialpolitik in der Union keinen politisch tragfähigen Konsens findet. Diese Richtlinie ist insofern widersprüchlich als sie das Instrument des kollektiven Arbeitsvertrags, bei dem es sich immerhin um das arbeitsrechtliche Kerninstitut des korporatistisch verfassten „alten“ Europas handelt, zwar

31 Als interessante Beispiel der wirklichen Gefahren für die nationale Politik durch diese Entwicklung vgl. Samuel Issacharoff, „Democracy and Collective Decision Making“, *International Journal of Constitutional Law* 2008, 231-266.

32 Den Terminus hat Jacques Lacan geprägt. Es geht ihm um eine psychoanalytische Erfassung der totalen persönlichen Hingabe zur teilweisen Erfüllung von Wünschen nach einem unerreichbaren Objekt. Vgl. Michelle Everson, „Towards a European Law of Suspicion“, in: Neyer, Jürgen/Wiener, Antje (Hg.), *The Political Theory of the European Union*, Oxford 2010 (Kap. 11).

33 Ebenda.

anerkennt, seine Wirkungsmöglichkeiten aber auch einschränkt. Während der älteren EuGH wohl unter Verweis auf die *Albany*-Doktrin und im Hinblick auf den Mangel politischer Vorgaben definitiver Aussagen vermieden hätte, konfrontiert der ungestüm drängelnde neue EuGH die Mitgliedstaaten mit seinem Individualrechts-Kanon. Den Osteuropäern war innereuropäische Gerechtigkeit zugesagt worden. Hier aber wurde real existierenden Letten und Esten das Recht zu einer Arbeitsaufnahme verweigert. Der EuGH griff zu der einzig verfügbaren Waffe in seinem Arsenal, das den Betroffenen sofortige Abhilfe versprach: die unbegrenzte und ungeschmälerte Förderung Europäischer Individualrechte. So sollte den Osteuropäern wenigsten der Vorteil komparativ niedriger Löhne zustatten kommen.³⁴

Richterliche Ungeduld, Empathie und Nächstenliebe: Kritische Juristen lesen diese Textur anders und verweisen auf die Auswirkungen eines fehlgeleiteten Aktivismus. Der Einzelakt der Gerechtigkeits-Gewährung betreibt das Geschäft des Neoliberalismus im Recht und in dem System, das es sichern soll – einem Neoliberalismus, der jeglichen Sozialschutz verwirft. Jener individualisierte Akt der Gerechtigkeit verkürzt das Streikrecht und behindert deshalb die Artikulation und Durchsetzung politischer Forderungen der vielfach benachteiligten Industriearbeiterschaft in ganz Europa, im Osten ebenso wie im Westen.³⁵ Ebenso bedroht eine derart individualisierte Gerechtigkeit das Europarecht selbst, weil das Recht zwar einer sozialen Forderung, die es zweifellos gibt, nämlich der Forderung nach individueller, von politisch kontingenten nationalstaatlichen Repression freien Gerechtigkeit Rechnung trägt, dies aber nicht im Recht selbst verwirklicht wird, sondern in einem unmöglichen *objet petit à*, weil das Recht Gerechtigkeit in der Unmittelbarkeit individueller richterlicher Anerkennung realisieren will, diese Radikalität aber nicht in seinen anerkannten Doktrinen oder Prinzipien verankert, also nicht in den Unvollkommenheiten einer radikalen Prozeduralität, die Recht gerade nicht mit Politik gleichsetzt.

IV. Der geforderte Jurist

In ihrem Kern lässt sich nach allem die neue Rechtsprechung und der Streit um den Gerichtshof als eine Wiederkehr des uralten Streits um das Verhältnis individueller und sozialer Gerechtigkeit und den Gegensatz von individuellen und allgemeinen Interessen rekonstruieren. Die ungestümen Aussagen des EuGH sind dabei keineswegs einfach als verfehlt zu verwerfen. Zunächst einmal haben wir einzugestehen, dass Harald Laski und der von ihm begründeten

34 Everson (Fn. 32).

35 Ebenda.

Pluralismus mit der Behauptung Recht hat, dass jegliche Kollektivierung notwendig auch Ungerechtigkeiten herbeiführt.³⁶ Wir müssen uns bewusst sein, dass bei all unseren national- und wohlfahrtsstaatlichen Maßnahmen, die soziale Gerechtigkeit verwirklichen sollen, notwendigerweise Unbemittelte unberücksichtigt bleiben, die nicht dabei sind, wenn solche Maßnahmen ergriffen werden. Sodann ist es keineswegs allein der eifrige EuGH, das wohlfahrtsstaatliche Rechtsgebäude ins Wanken bringt. Beteiligt ist hieran vielmehr die gesamte zunehmend kosmopolitische globale rechtliche Ordnung, die sich in einer auf Rechte fixierten Jurisprudenz auf die Gewährung unmittelbarer und existentieller rechtlicher Wohltaten konzentriert. Der Köder für diese Sucht nach individualisierter Gerechtigkeit ist aber auch nicht einfach eine advokatorische Selbstbelohnung. Die unmittelbare Befriedigung emotionaler Bedürfnisse, die sich in Juristen entwickeln, gilt vielfach als Ursprung eines Gerechtigkeitsstrebens. Die globale kosmopolitische Rechtsprechung reagiert aber auf Forderungen nach wirklicher Gerechtigkeit, die von einer zunehmend globalen kosmopolitischen Rechtsgenossenschaft artikuliert werden und die spezifische Gruppen wie Asylsuchende oder arbeitslose Osteuropäer nicht aus eigener Kraft realisieren können.

Die Herausforderung der Integrität des Europäischen Rechts resultiert insofern auch aus berechtigten Anliegen. An dieser Stelle wird die Aufgabe, Alternativen zu der Rechtsprechung des EuGH und der globalen rechtlichen Ordnung zu finden, ungemein schwer. Gewiss kann und muss man auf das selbstdestruktive Potential des ungezügelter Rechts-Aktivismus hinweisen: auf nicht-juristische Belege für die Gerechtigkeit zerstörenden Aspekte des Neoliberalismus und ebenso auf innerrechtliche Argumentationen, die – auf der Linken wie auf der Rechten – einen fatalen Stillstand des Europäischen Rechts herbeireden, dass sie als bloße Politik denunzieren. Damit darf es nicht sein Bewenden haben. Kritisches Rechtsdenken muss kosmopolitische Perspektiven verfolgen *und* Entwürfe einer kollektiven Gerechtigkeit erarbeiten, die freilich der judiziellen Verführung durch eine unvermittelte Befriedigung existentieller individueller Gerechtigkeitsansprüche nicht nachgeben darf.

Für solche Überlegungen bietet Schmidts Begriff einer „reflexiven Abwägung“ für die Rechtsprechung in EU-Privatrecht interessante Ansatzpunkte, nicht nur, weil sein Vorschlag darauf besteht, dass Europäisches Privatrecht in einem konstitutionellen Rahmen verstanden und praktiziert werden soll, der private Interessen und soziale Belange umfasst, sondern ebenso, weil er realisiert, dass es der Integrität des Rechts zugute kommt, wenn der EuGH die dogmatische Feinabstimmungen den Rechtssystemen der Mitgliedstaaten über-

36 Everson/Eisner (Fn. 4), 157 ff.

lässt.³⁷ Darüber hinaus – und hierbei führt Christoph Schmid reflexive Abwägung den „deliberativen Supranationalismus“ von Christian Joerges fort – eröffnet sein Ansatz Perspektiven einer kosmopolitischen Gerechtigkeit. Bei seiner These, der EuGH solle in das mitgliedstaatliche Rechtsgefüge nur dann intervenieren, um ein Nationalstaatsversagen zu kompensieren, geht es um eine allgemeine Problematik: die externen Effekte oder Ausschluss-Wirkungen kollektiver (nationaler) Regelungen und Maßnahmen.³⁸ Als gerecht und legitim können wir die EU nur anerkennen, wenn sie einerseits die Vorzüge kollektiver Organisationsformen in der Nationalstaaten, deren Kollektivgüter bewahrt, andererseits aber auch durch deliberative und kooperative Problembearbeitungen die negativen externen Effekte nationalstaatlicher Arrangements kompensiert. Es ist nicht die Aufgabe des Rechts Gerechtigkeit unmittelbar zu verwirklichen. Recht muss vielmehr politische Auseinandersetzungen so strukturieren, dass dies die Suche nach Gerechtigkeit begünstigt.

Wenn man den deliberativen Supranationalismus in den Perspektiven des tradierten Pluralismus betrachtet, werden aber auch Schwächen deutlich. Diese deliberative Konzeption leistet wenig, wo es um eine Auseinandersetzung mit festgefahrenen Wert-Konflikten ankommt. Sie verschreibt sich zu weitgehend Rationalitätskonzepten, die dem Pluralismus selbst-organisierter Zentren jenseits der EU-Grenzen nicht gerecht werden können.³⁹ Indessen können wir dies angesichts der jetzigen (Schief-)Lage des Integrationsprojekts hier auf sich beruhen lassen. Der deliberative Supranationalismus enthält ein produktives Potential, das auch kosmopolitisch orientierte Juristen inspirieren kann. Der Nationalstaat ist denen rechenschaftspflichtig, die er ausschließt. Bislang offeriert der deliberative Supranationalismus wohl die einzige Perspektive, in der sich Konflikte zwischen einer nationalen und einer kosmopolitischen Gerechtigkeit, zwischen der nationalstaatlich verfassten Bürgerschaft und post-nationalen Individuen bearbeiten lassen. Insofern hält der deliberative Supranationalismus eine dauerhaft gültige Einsicht fest. Sie besagt auch, dass der Kampf um eine kosmopolitische Gerechtigkeit einen langen Atem braucht, dass er in erster Linie politisch und nicht rechtlich ausgetragen werden muss. Die Aufgabe kritischen Rechtsdenkens dürfte heute darin bestehen, das Drängen nach einer Art judiziellen Nächstenliebe zu sublimieren. Ein *Rechtsverfassungsrecht*, das die

37 Schmid (Fn. 5).

38 The starting point of Christian Joerges' plea for a European Conflicts law which seeks to compensate structural nation-state failures which even of constitutional democracies tend to produce; see recently his „Unity in Diversity as Europe's Vocation and Conflicts Law as Europe's Constitutional Form“, LEQS Paper No. 28/2010, online verfügbar unter <http://papers.ssrn.com/abstract=1723249>, i.E. in: Nickel, Rainer/Greppi, Andrea (Hg.), *The Changing Role of Law in the Age of Supra- and Transnational Governance*, Baden-Baden 2010, Kapitel 5.

39 Everson/Eisner (Fn. 4), 28 ff.

Integrität des Rechts bewahren soll, kann keine perfekten Ergebnisse in Aussicht stellen. Es geht ihm nicht um eine unmittelbare Verwirklichung von Gerechtigkeit, sondern um einen langwierigen und schwierigen Prozess, in dem sich ein gegenüber der Politik autonom behauptendes Recht auf sein soziales Umfeld einlässt. Recht sorgt nicht selbst für radikale Änderungen. Es muss zutiefst konservativ bleiben, um das Versprechen sozial-radikaler Responsivität einlösen zu können.

Europaprivatrechtliche Interlegalität: Eine Methodenfrage? Hermeneutische Anfragen an Christoph Schmid Habilitationsschrift

Marc Amstutz^{*}

I

Christoph Schmid entwickelt in seiner Habilitationsschrift¹, wenn man genau hinschaut, eine europaprivatrechtliche „*theory of everything*“. Er tritt gegen einen historischen Befund an, den er selber wie folgt formuliert:

Die gerechtigkeitsbezogene liberale Grundkonzeption des Privatrechts wurde ... [in der Union] erstmals der kollektiven „Logik des Marktes“ geopfert – eine Tendenz, die im weiteren Verlauf der Integration noch viel größere Ausmaße annehmen sollte.²

Christoph Schmid's großes Projekt lautet: dem Europaprivatrecht über seine Funktionalität hinaus *einen bisher ausstehenden Gerechtigkeitsgehalt* einzuflößen. Entsprechend komplex ist seine Theorie. Und entsprechend schwierig dürfte es sein, in nützlicher Zeit eine Gesamtsicht seiner Gedankengänge zu malen. Ich versuche das hier schon gar nicht. Worum es mir geht, ist die *methodologische* Tragweite von Christoph Schmid's Überlegungen. Denn hierin liegt die Basis für die Entfaltung meiner Thematik heute: *Interlegalität im Europaprivatrecht*.³

Um dieses Thema anzugehen, möchte ich an eine weitere Aussage Christoph Schmid's anknüpfen:

[Es] bedarf ... zur Verwirklichung des konstitutionell-prozeduralen Leitbilds

^{*} Meiner Assistentin, Frau MLaw Anne Mirjam Schneuwly (Universität Freiburg i.Üe.), danke ich herzlich für die Betreuung des Manuskriptes.

¹ Christoph Schmid, Die Instrumentalisierung des Privatrechts durch die Europäische Union, Baden-Baden 2010.

² Schmid (Fn. 1), 436.

³ Marc Amstutz, „Métissage: Zur Rechtsform in der Weltgesellschaft“, in: Fischer-Lescano, Andreas/Rödl, Florian/Schmid, Christoph (Hg.), Europäische Gesellschaftsverfassung, Baden-Baden 2009, 333 ff.; Marc Amstutz, „Zwischenwelten: Zur Emergenz einer interlegalen Rechtsmethodik im europäischen Privatrecht“, in: Joerges, Christian/Teubner, Gunther (Hg.), Rechtsverfassungsrecht: Recht-Fertigung zwischen Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftstheorie, Baden-Baden 2003, 213 ff.

[des Europäischen Privatrechts] auch einer Erweiterung der traditionellen juristischen Hermeneutik. Eine Beschränkung auf die Auslegung des Europarechts nach den klassischen Auslegungskriterien, wie sie der EuGH in seiner Rechtsprechung vornimmt, ist in mehrerlei Hinsicht inadäquat.⁴

Das Adjektiv „inadäquat“ versteht Christoph Schmid an dieser Stelle in einem doppelten Sinne. Er sieht in methodologischer Hinsicht *zwei* ungelöste Probleme des Europäischen Privatrechts. Das erste Problem lautet:

[E]uropäische Normen ... [entfalten] ihre tatsächliche Wirkung erst im Zusammenspiel mit nationalen Normen, die je nach Mitgliedstaat verschieden sein können.⁵

Von diesem Zusammenspiel, so Christoph Schmid, weiß das Europaprivatrecht nichts. Lässt es sich überhaupt definieren und ordnen? So seine erste Frage.

Das zweite Problem umschreibt Christoph Schmid dahingehend:

[D]ie traditionellen Auslegungsmethoden [sind] um die Berücksichtigung der tatsächlichen Folgen einer Entscheidung und ihrer gesellschaftlichen Legitimität zu erweitern.⁶

Die Aufgabenstellung, die Christoph Schmid vorschwebt, könnte man mithin mit dem Schlagwort umschreiben: *Legitimität durch Folgenkontrolle*.⁷

Mit diesen zwei methodologischen Problemen – *Mehr-Ebenen-Recht* einerseits, *Rechtsfolgen-Blindheit* andererseits – begibt sich Christoph Schmid auf ein kaum kartographiertes Terrain.⁸ Wie sollen diese so antithetischen Aspekte des Europaprivatrechts unter einen Hut gebracht werden? Wie kann es zu einer Interpenetration von nationalstaatlichem und supranationalem Recht kommen,⁹ wenn die Zerreißprobe so fundamentale Aspekte wie Markt, Gerechtigkeit,

4 Schmid (Fn. 1), 829.

5 Schmid (Fn. 1), 829.

6 Schmid (Fn. 1), 829.

7 Gunther Teubner, „Folgenorientierung“, in: ders. (Hg.), *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe*, Baden-Baden 1995, 9 ff.; Niklas Luhmann, „Juristische Argumentation: Eine Analyse ihrer Form“, in: Teubner, Gunther (Hg.), *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe*, Baden-Baden 1995, 19 ff.; Rudolf Wiethölter, „Zur Argumentation im Recht: Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe?“, in: Teubner, Gunther (Hg.), *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe*, Baden-Baden 1995, 89 ff.; Dieter Grimm, „Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe: Zur Argumentationspraxis des deutschen Bundesverfassungsgerichts“, in: Teubner, Gunther (Hg.), *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe*, Baden-Baden 1995, 139 ff.

8 Schmid (Fn. 1), 829; vgl. auch Gunther Teubner, *Globale Bukowina: Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus*, in: *Rechtshistorisches Journal* 15, 1996, 255 ff.; Amstutz (2009, Fn. 3), 338.

9 Amstutz (2009, Fn. 3), 338; Christian Joerges, „The Impact of European Integration on Private Law: Reductionist Perceptions, True Conflicts and a New Constitutional Perspective“, *European Law Journal* 3, 1997, 378 ff.

Legitimität und Folgenberücksichtigung betrifft?¹⁰ Selbst wenn man sich darauf einigen könnte, dass der Weg nur über die Rechtsmethode führt – was alles andere als konsentiert zu sein scheint –, wie lässt sich die *Resilienz der methodologischen Dogmen*¹¹, die tief im kontinentaleuropäischen Recht verankert sind, zugunsten eines „*Neuen Konsequentialismus*“¹², wie Christoph Schmid ihn postuliert, überwinden?

Im Kern des Problems scheint ein Datum zu liegen, das Christoph Schmid mit folgenden Worten kennzeichnet:

Im europäischen Mehrebenensystem wird das überkommene System des Privatrechts von einem komplexen Mehrebenen-Kollisionsregime abgelöst, das durch unvorhergesehene Abstimmungszwänge, Inkohärenzen und Inkompatibilitäten zwischen europäischen und nationalen Normen charakterisiert ist und zu großen Rechtsanwendungsproblemen zulasten der Rechtssicherheit führt.¹³

Die Lösung Christoph Schmidts könnte man als „*alternatives methodologisches Metaprinzip*“ bezeichnen.¹⁴ Dieses Metaprinzip strebt eine „*reflexive Balance*“ im System des europäischen judiziellen Regierens an, um eine gerechtigkeitsgesteuerte und politisch sensitive Koordination des europäischen und nationalen Privatrechts sicherzustellen.¹⁵

Das erwähnte Metaprinzip ist grundsätzlich ein Instrument, das Gerichten als „*background agenda*“ für die Entfaltung des Europäischen Privatrechts zur Verfügung steht.¹⁶ Es soll den EuGH in der Aufgabe unterstützen, als Verfassungsgericht im Bereich des Europäischen Privatrechts zu handeln. Diese Aufgabe hatte Christoph Schmid schon im Jahre 2006 folgendermaßen umschrie-

10 Amstutz (2009, Fn. 3), 333 ff.; Gunther Teubner, „*Altera pars audiatur: Das Recht in der Kollision anderer Universalitätsansprüche*“, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 65, 1996, 199 ff.; Pierre Legrand, „*Against a European Civil Code*“, Modern Law Review 1997, 44.

11 Peter Behrens, „*Gemeinschaftsrecht und juristische Methodenlehre*“, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1994, 289; Niklas Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a.M. 1993, 289; Wolfgang Fikentscher, Methoden des Rechts: In vergleichender Darstellung, Bd. II: Anglo-Amerikanischer Rechtskreis, Tübingen 1975; Axel Flessner, „*Juristische Methodenlehre und europäisches Privatrecht*“, Juristenzeitung 2002, 16, macht darauf aufmerksam, daß wir im Europäischen Privatrecht „[...] eine Methodenlehre [brauchen], die sich einstellt auf Pluralität der Rechtsquellen, Relativität der Teilrechtssysteme, Diversität der Rechtsinhalte“.

12 Schmid (Fn. 1), 750.

13 Schmid (Fn. 1), 700.

14 Vgl. Schmid (Fn. 1), 453. In diesem Zusammenhang Amstutz (2003, Fn. 3), 216 f.; Rudolf Wiethölter, „*Begriffs- oder Interessenjurisprudenz – falsche Fronten im IPR und Wirtschaftsverfassungsrecht: Bemerkungen zur selbstgerechten Kollisionsnorm*“, in: Lüderitz, Alexander/Schröder, Jochen (Hg.), Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung im Ausgang des 20. Jahrhunderts: Bewahrung oder Wende? Festschrift für Gerhard Kegel, Frankfurt a.M. 1977, 223.

15 Amstutz (2003, Fn. 3), 216 f.; siehe auch *infra* Fn. 30.

16 Wiethölter (Fn. 14), 223.

ben:

[T]he ECJ should leave doctrinal fine-tuning ... to national courts, and limit itself to 'procedural framework-setting', which includes instigating and monitoring learning and rationalisation processes in national law.¹⁷

Ersichtlich haben wir es hier, wie schon gesagt, mit einem sehr ehrgeizigen Projekt zu tun. Es geht letztlich um nichts weniger als um die Entwicklung von dem, was Rudolf Wiethölter einmal „*lernendes Sozialmodell*“¹⁸ genannt hat, und zwar konkret für das Europäische Privatrecht.¹⁹

Aber was bedeutet das im Einzelnen? Anstatt die mageren Wissensbestände der Theorie durchzumustern, möchte ich, wie Christoph Schmid das in seiner Schrift präkonisiert, die zwar noch diffusen, aber doch ziemlich subtilen Blüten der privatrechtlichen EuGH-Rechtsprechung betrachten. Denn ich meine: *Ein judizielles „lernendes Sozialmodell“ haben wir in Europa schon heute, auch wenn in diesem Bereich noch fast alles – bis auf das Skelett! – zu leisten ist.*²⁰ Wenn ich diesen *induktiven* Weg gehe, so tue ich das, um einen Standpunkt zu gewinnen: Einen Punkt, auf dem ich stehen kann, um die angesprochenen Überlegungen von Christoph Schmid zu würdigen.

II

Was ich „lernendes Sozialmodell“ nenne, ist schon mit erstaunlicher Deutlichkeit in der *Marleasing*²¹-Rechtsprechung des EuGH enthalten – auch wenn *Marleasing* von Christoph Schmid hart kritisiert wird (er spricht von „missverständlichen Formulierungen“ des EuGH).²² Ich werde diese Rechtsprechung in *drei Schritten* resümieren und versuchen, sie in ein Licht zu setzen, in welchem der von Christoph Schmid gewählten Perspektive eine Alternative geboten

17 Christoph Schmid, „Judicial Governance in the European Union: The ECJ as a Constitutional and Private Law Court“, in: Eriksen, Erik Oddvar/Joerges, Christian/Rödl, Florian (Hg.), *Law, Democracy and Solidarity in a Post-national Union: The Unsettled Political order of Europe*, New York 2008, 85, 101.

18 Rudolf Wiethölter, „Entwicklung des Rechtsbegriffs“, in: Gessner, Volkmar/Winter, Gerd (Hg.), *Rechtsformen der Verflechtung von Staat und Wirtschaft*, Opladen 1982, 56; vgl. auch Dan Wielsch, *Freiheit und Funktion: Zur Struktur- und Theoriegeschichte des Rechts der Wirtschaftsgesellschaft*, Baden-Baden 2001, 210.

19 Marc Amstutz, „In-Between Worlds: Marleasing and the Emergence of Interlegality in Legal Reasoning“, *European Law Journal* 2005, 766 ff.

20 Vgl. Amstutz (2003, Fn. 3), 225 ff.; Wielsch (Fn. 18), 209 ff.

21 EuGH Rs. C-106/89, *Marleasing*, U. v. 13.11.1990, Slg. 1990, I-04135.

22 Schmid (Fn. 1), 734; vgl. auch Martin Schwab, „Der Dialog zwischen dem EuGH und nationalen Exegeten bei der Auslegung von Europarecht und angeglichenem Recht“, *ZGR* 2000, 446, 470 ff.

werden kann. Ich gehe in drei Schritten vor: (1) zunächst kennzeichne ich das *Problem*, auf das diese Rechtsprechung reagiert, (2) dann skizziere ich die von ihr gebrachte *Lösung*, (3) um schließlich die *Wirkungen* zu beschreiben, die sie im Kontext des Europäischen Privatrechts zeitigt.

1. *Das Problem*: Das Gemeinschaftsprivatrecht ist zwar eine autonome Rechtsordnung, die aus sich selbst heraus in den Mitgliedstaaten gilt, die aber auf die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen angewiesen ist, um wirksam werden zu können.²³ Europäisches Privatrecht kann demnach nicht in einem „klassisch-kodifikatorischen“ Sinne begriffen werden.²⁴ Vielmehr stellt es einen *fluktuierenden „Zusammenhang“ von Normen verschiedenartiger Herkunft dar, die in unterschiedliche judizielle Sinnkontexte eingebunden sind*.

Damit drängt sich aber auch der prinzipielle *Verzicht auf Rechtshierarchien* auf.²⁵ Anders vorzugehen, d.h. kulturelle Diversität durch Einheitsprivatrecht „brechen“ zu wollen, bedeutete im Ergebnis, von einer gesellschaftlichen Einbettung des Rechts abzusehen (und vielleicht liegt in diesem Punkt auch eine Gerechtigkeitsvorstellung – eine ganz andere allerdings, als sie Christoph Schmid in seiner Habilitationsschrift betont).²⁶

Erkennbar wird so, dass im Zentrum des Europäischen Privatrechts so etwas wie eine „*konstitutionelle Unruhe*“ herrscht: Die verschiedenen soziokulturellen Logiken, die in den einzelnen Mitgliedstaaten wirken, werden sich auch in Zukunft in divergierende und unkoordinierte Entwicklungszyklen der einzelnen nationalen Privatrechte niederschlagen. Europäisches Privatrecht als *dissipative Struktur* im Sinne Ilya Prigogines ist das sich aufdrängende Bild:²⁷ *ein System von Normen, das seinen Sinn und seine Stabilität – seine „permanence“ – aus den Interaktionen von sich wandelnden mitgliedstaatlichen Privatrechtsordnungen schöpft*.

Dieser Befund spricht keineswegs gegen eine Angleichung der nationalen Privatrechte in Europa. Nur nötigt er zum vertieften Nachdenken über die Art

23 Claus-Wilhelm Canaris, „Die richtlinienkonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre“, in: Koziol, Helmut/Rummel, Peter (Hg.), *Im Dienste der Gerechtigkeit: Festschrift für Franz Bydlinski*, Wien/New York 2002, 47, 97 f.; Rolf Wank, „The Role of Law in Economic Markets: Recent Cases of the European Court of Justice in Employment Law“, *Saint Louis University Law Journal* 2010, 585, 591 f.; Bernd Biervert, Art. 249 EGV, in: Schwarze, Jürgen *et al.* (Hg.), *EU-Kommentar*, Baden-Baden 2009, Rn. 26.

24 Amstutz (2003, Fn. 3), 217; vgl. auch das Konzept einer „postmodernen“ Europäischen Privatrechtskodifikation von Ugo Mattei und Anna di Robilant, „The Art and Science of Critical Scholarship: Postmodernism and International Style in the Legal Architecture of Europe“, *European Review of Private Law* 2002, 55 ff.

25 Amstutz (2003, Fn. 3), 220 ff.; Amstutz (2009, Fn. 3), 339; Legrand (Fn. 10), 44.

26 Schmid (Fn. 1), 475 ff.

27 Ilya Prigogine, *Les lois du chaos*, Paris 1994, 16 ff.

und Weise, wie mit einem „heterarchischen“, auf mehreren Rechtsebenen gestalteten *Privatrecht* umzugehen ist. Benötigt wird in dieser Hinsicht ein juristisches Instrument, das die *Co-Evolution vernetzter Rechtsordnungen* organisiert und steuert.²⁸

2. *Die Lösung*: Sie heißt grundsätzlich: *Marleasing*.²⁹ Nach dem EuGH hat Richtlinienkonformität immer Vorrang vor den nationalen Auslegungsmethoden, wenn in einem Mitgliedstaat ein Gesetzgeberwille, die Richtlinie korrekt umzusetzen, geäußert wurde.³⁰ Für diese Lektüre von *Marleasing* spricht die Entwicklungsrichtung in der fortschreitenden Rechtsprechung des EuGH.³¹

So betraf namentlich die Entscheidung *Wagner Miret*³², einen heute als klassisch zu betrachtenden Fall, in dem der nationale Gesetzgeber der Ansicht war, die bereits geltenden Vorschriften genügten den Anforderungen einer Richtlinie. Entsprechend wurde auf Legislation verzichtet. Allerdings zeigte

28 Gunther Teubner, „Eigensinnige Produktionsregimes: Zur Ko-Evolution von Wirtschaft und Recht in den varieties of capitalism“, *Soziale Systeme* 1999, 7, 13.

29 EuGH Rs. C-106/89, *Marleasing*, U. v. 13.11.1990, Slg. 1990, I-04135.

30 EuGH Rs. 14/83, *Von Colson und Kamann*, U. v. 10.4.1984, Slg. 1984, 1891, Rn. 26; EuGH Rs. 79/83, *Harz*, U. v. 10.4.1984, Slg. 1984, 1921, Rn. 26; vgl. auch EuGH Rs. 222/84, *Johnston*, U. v. 15.5.1986, Slg. 1986, 1651, Rn. 53; EuGH Rs. 80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*, 8.10.1987, Slg. 1987, 3969 Rn. 12.; EuGH Rs. 125/88, *Nijman*, U. v. 7.11.1989, Slg. 1989, 3533, Rn. 6; EuGH Rs. C-378/07 bis C-380/07, *Angelidaki*, U. v. 23.4.2009, Slg. 2009, I-03071, Rn. 106; EuGH Rs. C-555/07, *Küçükdeveci*, U. v. 19.1.2010, Rn. 47, (noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht).

31 Cf. insbesondere EuGH Rs. C-334/92, *Wagner Miret*, U. v. 16.12.1993, Slg. 1993, I-06911, Rn. 6; EuGH Rs. C-168/95, *Arcaro*, U. v. 26.9.1996, Slg. 1996, I-04705, Rn. 41; EuGH Rs. C-335/96, *Silhouette*, U. v. 16.7.1998, Slg. 1998, I-04799, Rn. 36; EuGH Rs. C-185/97, *Coote*, U. v. 22.9.1998, Slg. 1998, I-05199, Rn. 18; EuGH Rs. C-63/97, *BMW*, U. v. 23.2.1999, Slg. 1999, I-00905, Rn. 22; EuGH Rs. C-131/97, *Carbonari*, U. v. 25.2.1999, Slg. 1999, I-01103, Rn. 48; EuGH Rs. C-107/97, *Rombi*, U. v. 18.5.2000, Slg. 2000, I-03367, Rn. 23, 53; EuGH Rs. C-365/98, *Brinkmann*, U. v. 15.6.2000, Slg. 2000, I-04619, Rn. 40; EuGH verb. Rs. C-240/98 bis C-244/98, *Océano*, U. v. 27.6.2000, Slg. 2000, I-04941, Rn. 30; EuGH Rs. C-456/98, *Centrosteeel*, U. v. 13.7.2000, Slg. 2000, I-06007, Rn. 16; EuGH Rs. C-262/97, *Engelbrecht*, U. v. 26.9.2000, Slg. 2000, I-07321, Rn. 39; EuGH Rs. C-62/00, *Marks & Spencer*, U. v. 11.7.2002, Slg. 2002, I-06325, Rn. 24; EuGH Rs. C-356/00, *Testa*, 21.11.2002, Slg. 2002, I-10797, Rn. 43; EuGH Rs. C-160/01, *Mau*, U. v. 15.5.2003, Slg. 2003, I-047, Rn. 35 f.; EuGH verb. Rs. C-465/00, C-138/01 und C-139/01, *Österreichischer Rundfunk*, U. v. 20.5.2003, Slg. 2003, I-04989 ff., Rn. 93; EuGH Rs. C-60/02, *Strafverfahren gegen X*, U. v. 7.1.2004, Slg. 2004, I-00651, Rn. 59; EuGH Rs. C-371/02, *Björnekulla Fruktindustrier*, U. v. 29.4.2004, Slg. 2004, I-05791, Rn. 13; EuGH verb. Rs. C-398/01 bis C-402/01, *Pfeiffer*, U. v. 5.10.2004, Slg. 2004, I-08835, Rn. 110 ff.; EuGH Rs. C-196/02, *Nikoloudi*, U. v. 10.3.2005, Slg. 2005, I-01789, Rn. 73; EuGH Rs. C-316/04, *Stichting Zuid-Hollandse Milieufederatie*, U. v. 10.11.2005, Slg. 2005, I-097, Rn. 77 f.; EuGH Rs. C-212/04, *Adeneler*, U. v. 4.7.2006, Slg. 2006, I-06057, Rn. 110; EuGH Rs. C-287/05, *Hendrix*, U. v. 11.9.2007, Slg. 2007, I-06909, Rn. 57; EuGH Rs. C-188/07, *Commune de Mesquer*, U. v. 24.6.2008, Slg. 2008, I-04501, Rn. 83 f.; EuGH Rs. C-237/07, *Janecek*, U. v. 25.7.2008, Slg. 2008, Rn. 36; EuGH Rs. C-465/07, *Elgafaji*, U. v. 17.2.2009, Slg. 2009, Rn. 42; EuGH vom 23.4.2009, verb. Rs. C-378/07 bis C-380/07, Slg. 2009, Rn. 106, *Geropotamou*.

32 EuGH Rs. C-334/92, *Wagner Miret*, U. v. 16.12.1993, Slg. 1993, I-06911, Rn. 20 f.; vgl. ferner EuGH verb. Rs. C-397/01 bis C-403/01, *Pfeiffer*, 5.10.2004, Slg. 2004, I-08835, Rn. 115; sodann auch EuGH Rs. C-371/02, *Björnekulla Fruktindustrier*, U. v. 29.4.2004, Slg. 2004, I-05791, Rn. 12.

sich später, dass diese Meinung nicht vollumfänglich zutraf. Der EuGH hielt fest, dass in solchen Konstellationen das nationale Gericht den *ursprünglichen Gesetzgeberwillen* übergehen und durch den *mitgliedstaatlichen Umsetzungs-willen* ersetzen müsse.

Diese Entscheidung wurde in der Lehre von verschiedenen Autoren als Bekräftigung der Pflicht der mitgliedstaatlichen Gerichte, nötigenfalls *contra legem* zu judizieren, verstanden.³³ Mit einem Teil der Lehre hält Christoph Schmid in seiner Schrift diese Lektüre für *unzulässig*.³⁴ Die neueste Rechtsprechung und Diskussion in der Doktrin setzen allerdings die Schwerpunkte in diesem Bereich anders:

Die Frage, ob eine Pflicht zum *contra legem*-Judizieren bestehe, wurde in den Entscheidungen *Pupino*³⁵, *Adeneler*³⁶ und *Impact*³⁷ nunmehr klar verneint. Freilich widerspiegelt dieser Leitsatz eine fehlgeleitete Problemstellung. Wie Wulf-Henning Roth klargestellt hat, kann es gar nicht zu *contra legem*-Judizieren kommen, weil davon auszugehen ist, „dass der Staat, wenn er von dem ihm durch die Richtlinie eingeräumten Gestaltungsspielraum Gebrauch macht, die Absicht hat, den sich aus der Richtlinie ergebenden Verpflichtungen in vollem Umfang nachzukommen“³⁸. Dies gilt selbstverständlich auch dann, wenn geltendes Recht als richtlinienkonform eingestuft wurde. Legislatorisch gesehen ändert der Gesetzgeber mit der Entscheidung, geltendes Recht würde Richtlinienrecht bereits genügen, seinen *original intent*.³⁹ In einem solchen Rechts-Setting gibt es keine Rechtszwecke mehr, die gegen das Richtlinien-

33 Martin Franzen, *Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft*, Berlin/New York 1999, 340; Ton Heukels, „Von richtlinienkonformer zur völkerrechtskonformen Auslegung im EG-Recht: Internationale Dimensionen einer normhierarchiegerechten Interpretationsmaxime“, *Zeitschrift für Europarechtliche Studien* 1999, 317; die Gegenpositionen sind zusammengefasst bei Thomas M.J. Möllers, „Doppelte Rechtsfortbildung contra legem? Zur Umgestaltung des Bürgerlichen Gesetzbuches durch den EuGH und nationale Gerichte“, *Europarecht* 1998, 43 f. m.w.N.; vgl. auch Wulf-Henning Roth, „Die richtlinienkonforme Auslegung“, in: Riesenhuber, Karl (Hg.), *Europäische Methodenlehre: Handbuch für Ausbildung und Praxis*, Berlin 2006, 330; ferner Stefan Grundmann, *Europäisches Schuldvertragsrecht: Das europäische Recht der Unternehmensgeschäfte*, Berlin/New York 1999, 116 ff.; ähnlich im Ansatz Ernst Steindorff, *EG-Vertrag und Privatrecht*, Baden-Baden 1996, 451; Carsten Herresthal, „Voraussetzungen und Grenzen der gemeinschaftsrechtskonformen Rechtsfortbildung“, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2007, 400.

34 Schmid (Fn. 1), 730 ff. m.Nw.

35 EuGH Rs. C-105/03, *Pupino*, U. v. 16.6.2005, Slg. 2005, I-05285, Rn. 47 (für Rahmenbeschlüsse).

36 EuGH Rs. C-212/04, *Adeneler*, U. v. 4.7.2006, Slg. 2006, I-06057, Rn. 110.

37 EuGH Rs. C-268/06, *Impact*, U. v. 15.4.2008, Slg. 2008, I-02483.

38 Roth (Fn. 33), 330; so auch Marietta Auer, „Neues zu Umfang und Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung“, *Neue Juristische Wochenschrift* 2007, 1108; abweichend Herresthal (Fn. 33), 400.

39 EuGH verb. Rs. C-240/98 bis C-244/98, *Océano*, U. v. 27.6.2000, Slg. 2000, I-04941, Rn. 25 ff.; EuGH verb. Rs. C-397/01 bis C-403/01, *Pfeiffer*, U. v. 5.10.2004, Slg. 2004, I-08835, Rn. 112.

recht sprechen könnten, so dass auch kein *contra legem*-Judizieren nötig ist.⁴⁰

3. *Die Effekte:* In der Vergangenheit war das Recht über das Gesetz sehr oft Träger eines deterministischen Gesellschaftsentwurfes, d.h. eines „*normativen Sozialmodells*“.⁴¹ Genau an diesem Punkt hakt der EuGH mit dem Gebot der richtlinienkonformen Auslegung ein: Er hat erkannt, dass im dynamischen Handlungszusammenhang der Vernetzung von gemeineuropäischen Privatrechtsordnungen das Denken in „*normativen Sozialmodellen*“ nicht weiterführt.

In seiner Rechtsprechung geht es jedenfalls um juristische Arbeit auf einer Mehrheit von Rechtsebenen. Anders gewendet: Der EuGH regt mit dem Instrument der richtlinienkonformen Auslegung zur *Entwicklung* „*lernender Sozialmodelle*“ an (und zwar unmittelbar in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten).⁴²

Die Hayeksche Unterscheidung von *Rechtsordnung* und *Handelsordnung* lässt deutlich werden, in welcher Weise der EuGH die herkömmlich selbstgenügsamen und autarken mitgliedstaatlichen Privatrechtsordnungen zwingt, sich *kognitiv* zu öffnen.⁴³ Diese Unterscheidung weist auf den Umstand hin, dass eine Rechtsordnung mit einer Handelsordnung *nicht identisch* ist. Entsprechend bestimme Recht erst „zusammen mit den konkreten Tatsachen des Augenblicks ... die Handelsordnung des Ganzen“⁴⁴. Für Hayek ist Recht allenfalls eine *notwendige*, jedenfalls aber *keine hinreichende* Bedingung für die Bildung einer Gesamtordnung.

Gerade diese Diskrepanz macht sich nun der EuGH im Rahmen seiner *Marleasing*-Rechtsprechung zunutze, um die Mitgliedstaaten dazu zu animieren, sich auf der Grundlage ihrer *bisherigen* Erfahrungen *neuen* Erfahrungen auszusetzen. Christoph Schmid hat sich über die Machbarkeit eines solchen Ansatzes in seiner Schrift skeptisch geäußert.⁴⁵ Eine solche Haltung kann aber nur haben, wer dem Recht nicht ausreichend *Zeit* gibt, d.h. seinen *evolutionären* Charakter gegen die Wirklichkeit unterdrückt. Insofern scheinen mir die Be-

40 Auer (2007, Fn. 38), 1108; Timothy Roes, „Case C-555/07, Seda Küçükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG“, Columbia Journal of European Law 2010, 446, 504 ff.; abweichend Herresthal (Fn. 33), 400.

41 Wiethölter (Fn. 18), 56.

42 Amstutz (2003, Fn. 3), 225, 235; Wielsch (Fn. 18), 210.

43 Cf. Amstutz (2003, Fn. 3), 225; Niklas Luhmann, Rechtssoziologie, 3. Aufl., Opladen 1987, 340; Niklas Luhmann, „Die Weltgesellschaft“, in: ders. (Hg.), Soziologische Aufklärung 2: Aufsätze zur Theorie der Gesellschaft, 5. Aufl., Wiesbaden 2005, 79.

44 Friedrich August von Hayek, „Rechtsordnung und Handelsordnung“, in: Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg/Br. (Hg.), Zur Einheit der Rechts- und Staatswissenschaften: Ringvorlesung der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg/Br. Wintersemester 1966/1967, Karlsruhe 1967, 209.

45 Schmid (Fn. 1), 734.

denken Christoph Schmidts etwas überspannt. Vielleicht sollte man seine Skepsis ohnehin anders verstehen. Möglicherweise beziehen sich seine Sorgen auf die Frage: Aber was genau wird in einem *Marleasing*-Prozess gelernt?

Mir will scheinen: Gelernt wird die Produktion „*normativer Kompatibilitäten*“ im Gefüge der europäischen Privatrechte.⁴⁶ Das ist das Ziel des Suchprozesses, den das Gebot richtlinienkonformer Auslegung einleitet. Durch „normative“ Arbeit soll also „Kompatibilität“ des Handelns erzeugt werden. Oder plastischer: *Verschiedene Privatrechtsordnungen* sind so zu verflechten, dass *eine möglichst einheitliche Handelsordnung* entsteht.⁴⁷

Das vielleicht Bedeutsamste (und zugleich Paradoxe)⁴⁸ am Vorgehen des EuGH liegt darin, dass er diese *Verflechtung über die Zulassung von Differenzen* zu erzielen sucht.⁴⁹ Kern des Anliegens ist, dass sich die mitgliedstaatlichen Ordnungen *aus eigener Kraft*, in Auswertung der Eigenschaften und Eigenheiten ihrer spezifischen *Rechtskulturen*, gleichsam „organisch“ und nicht durch Aufpfropfung *fremder* Rechtsideen angleichen. Gemeinschaftsprivatrecht soll nicht *gegen*, sondern *mit* den nationalrechtlichen „*mentalités*“ geschehen.⁵⁰

Was also in einem *Marleasing*-Prozess geschieht, ist Folgendes: Mit dem Gebot richtlinienkonformer Auslegung werden die *vielen Autonomien* der europäischen Privatrechte *heterarchisch, polyzentrisch, polykontextual verfasst*, nicht durch Formalisierung, nicht durch Materialisierung, sondern „*prozedural*“, d.h. durch Auslösung eines Prozesses, der in seiner Evolution durch Metanormen gesteuert wird, im Ergebnis also: *Rechtsmethodik als „Rechtsverfas-*

46 Cf. Marc Amstutz, „Normative Kompatibilitäten. Zum Begriff der Europakompatibilität und seiner Funktion im Schweizer Privatrecht“, in: Epiney, Astrid et al. (Hg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2004/2005, Bern 2005, 235 ff.; ferner auch Amstutz (2009, Fn. 3), 340; Amstutz (2003, Fn. 3), 218 und 224 ff.; vgl. auch Mel Kenny, „Globalization, Interlegality and the Europeanized Contract Law“, Penn State International Law Review 2003, 569 ff.; Manuel A. J. Moreira, „Book Review: Haciendo Justicia: Interlegalidad, Haciendo e Género en Regiones Indigenas Maria Teresa Siera, Ed. (Mexico, DF: Ciesas, 2004)“, Political and Legal Anthropology Review 2007, 367 ff.; Robert Wai, „The Interlegality of Transnational Private Law“, Law & Contemporary Problems 2008, 105 ff.

47 Rüdiger Voigt, „Weltrecht – Entsteht eine ‚dritte Rechtsordnung‘?“, in: Schulte, Martin/Stichweh, Rudolf (Hg.), Weltrecht: Internationales Symposium am Zentrum für Interdisziplinäre Forschung der Universität Bielefeld, Berlin 2008, 367 f. m.Nw.

48 Thomas Wilhelmsson, „The Legal, the Cultural and the Political: Conclusions from Different Perspectives on Harmonisation of European Contract Law“, European Business Law Review 2002, 547, 548 f.

49 Wiethölter (Fn. 18), 56; vgl. auch (mit Bezug zur europäischen CSR) Grit Fiedler, „Interview: A question of values and diversity – EU Commissioner Günther Verheugen on Corporate Social Responsibility“, European Agenda 03/2008, 13: „I am convinced that CSR is a question of values and diversity. CSR varies enormously according to the size and sector of the enterprises and according to different national and cultural contexts“; vgl. aus theoretischer Perspektive Marc Amstutz und Vaios Karavas, „Weltrecht: Ein Derridasches Monster“, in: Calliess, Gralf-Peter et al. (Hg.), Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag am 19. Juni 2009, Berlin 2009, 645 ff.

50 Behrens (Fn. 11), 289.

sungsrecht“.⁵¹ Und ich glaube: In diesem Punkt decken sich die Ideen von Christoph Schmid und von mir (nahezu) vollständig.⁵²

III

Abschließend (und als Resümee) ein kurzer Impuls: Die Entscheidung *Marleasing* schafft *Interlegalität*, indem sie die Operationen verschiedener Rechtssysteme *vernetzt*. Sie übt *materiellrechtliche Enthaltsamkeit* – und das heißt: Inhaltlich greift sie in keiner Weise in die zu verschleifenden Rechte ein. Und das mit gutem Grund: denn dadurch würde sie Interlegalität schlechterdings verspielen. Die „gerechtigkeitsbezogene, politische Sensitivierung“, die Christoph Schmid mit seinem „methodischen Metaprinzip“ sucht, verhält sich zur europaprivatrechtlichen Interlegalität, wie ich sie geschildert habe, wie Öl zu Wasser. Bleibt die bange Frage: Kann diese Mischung je gelingen?

51 Wiethölter (Fn. 18), 56; vgl. dazu Amstutz (2009, Fn. 3), 349; Amstutz (2003, Fn. 3), 244; Wilhelmsson (Fn. 48), 548 f.

52 Amstutz (2003, Fn. 3), 236.

Modernisierung des Gesellschaftsrechts im Integrationsprozess?

Erich Schanze

1. Fragen, Fragezeichen

„Die Instrumentalisierung des Privatrechts durch die Europäische Union – Privatrecht und Privatrechtskonzeptionen in der Entwicklung der Europäischen Integrationsverfassung“¹ – ein langer Titel eines Buchs, an dessen Ende der Verfasser nach 834 eng bedruckten Seiten den geistigen Freudensprung eines Mönches aus St. Gallen in einer mittelalterlichen, küchenlateinischen Marginalie wiederholt. „Pede laeto“, also heiteren, leichten Fußes, so Christoph Schmid, hüpfte er nach der Vollendung des Buchs davon.² Also nicht die völlige geistige Erschöpfung, die Bertrand Russell nach der Vollendung seines Hauptwerks konstatiert haben soll. Da regen sich beim Kritiker Selbstzweifel, insbesondere, wenn er nur eine Randthese des Buchs herausgreift und diese mit einem Fragezeichen versieht. Wahrscheinlich ist er kaum der Vitalität des Textes und des Verfassers gewachsen.

Das Fragezeichen am Schluss des von Christian Joerges freundschaftlich gestellten Titels ist der wichtigste Bestandteil meiner folgenden Ausführungen. Das Fragezeichen stellt nicht den Integrationsprozess des EU-Rechtsraums in Frage. Vielmehr bezieht es sich auf den Gegenstand „Gesellschaftsrecht“, dessen Charakter, Umfang und dessen Veränderung im Integrationsprozess.

Also: Was ist Gesellschaftsrecht in Europa? Was könnte „Modernisierung“ bedeuten? Welche Normzusammenhänge und grundlegenden Politiken könnten Veränderungen des Gegenstands ausgelöst haben? Oder geht es vielleicht nur um eine Veränderung der Sichtweise? Ist Gesellschaftsrecht – um den Titel der Schrift von Christoph Schmid erneut aufzugreifen – *sub specie* „Privatrecht“ durch die EU „instrumentalisiert“ worden? Oder ist etwas anderes betroffen? Geht es überhaupt um „Privatrecht“? Wie ist die grundlegende Kollision zwischen *nationaler* „gesellschaftsrechtlicher“ Regulierung und dem Verfassungsrecht eines einheitlichen Marktes zu schlichten?

1 Christoph Schmid, Die Instrumentalisierung des Privatrechts durch die Europäische Union – Privatrecht und Privatrechtskonzeptionen in der Entwicklung der Europäischen Integrationsverfassung, Baden Baden 2010.

2 *Libro tandem nunc completo saltat scriptor pede laeto*, Schmid (Fn. 1), 834.

2. Zu den Stichworten „Instrumentalisierung“ und „Modernisierung“

Vorab ein Merkposten zu den Stichworten „Instrumentalisierung“ und „Modernisierung“ des Rechts. Beide haben mich angeregt, erneut gründlich zwei Texte in die Hand zu nehmen, mit denen ich mich vor 40 Jahren beschäftigt habe: Max Horkheimers „Zur Kritik der instrumentellen Vernunft“ von 1946³ und Christian Joerges’ „Zum Funktionswandel des Kollisionsrechts“ von 1971⁴.

Zum Stichwort „Instrumentalisierung“ beschränke ich mich zur Vereinfachung auf ein Zitat, welches Horkheimer zur Einleitung am Ende einer Taschenbuchausgabe einiger Aufsätze im Jahre 1968⁵ anführt. Diese Einleitung hat zur Abkehr des linken Kerns der Studentenbewegung von den Dioskuren der Kritischen Theorie Horkheimer und Adorno geführt. Horkheimer zitiert dort seinen Freund und Weggenossen Otto Kirchheimer aus dem letzten Heft der Zeitschrift für Sozialforschung.

„Das System technischer Rationalität als Begründung von Gesetz und gesetzlicher Praxis hat jedes System zur Erhaltung individueller Rechte abgeschafft und Gesetz und gesetzliche Praxis zum *Instrument* erbarmungsloser Herrschaft und Unterdrückung im Interesse derer gemacht, von denen die wesentlichen ökonomischen und politischen Hebel sozialer Macht kontrolliert werden. Niemals ist der Entfremdungsprozess von Gesetz und Moral so weit gegangen als in der Gesellschaft, die angeblich die Integration dieser Begriffe vollendet hat.“⁶

Kirchheimer schrieb dies während des Krieges in New York, Horkheimer zitiert ihn, an die Studenten gerichtet, 1968. Instrumentalisierung hat nicht nur in der Kritischen Theorie, sondern in der gesamten philosophischen Tradition den pejorativen Beiklang der Überschätzung der Mittel über die Zwecke.

Die Wesensverwandtschaft mit dem Begriff der „Modernisierung“ ist nicht zufällig. Explizit seit der *querelle des anciens et modernes* im 18. Jh. ist es üblich, das „Moderne“, das den wechselnden Moden Folgende, mit dem Niedergang des Moralischen und Sozialen zu verbinden. Karl Gutzkow hat dies prägnant im 19. Jh. dahingehend formuliert, „dass das Moderne in einem gewissen Beigeschmack bestehe, in einem Haugout der Dinge in ihrer Kulmination, die

3 Max Horkheimer, Zur Kritik der instrumentellen Vernunft (Alfred Schmidt, Hg.), Frankfurt 1967.

4 Christian Joerges, Zum Funktionswandel des Kollisionsrechts – Die „Governmental Interest Analysis“ und die „Krise des Internationalen Privatrechts“, Berlin und Tübingen 1971.

5 Max Horkheimer, Traditionelle und kritische Theorie – Vier Aufsätze, Frankfurt 1970.

6 Horkheimer (Fn. 5), 11.

sie pikant macht“.⁷ In seiner *Akme* hat Christian Joerges an einem sonnigen Sommernachmittag das betroffene Grundproblem in der Eleganz der Sprache Voltaires kritisch verallgemeinert: „On n’est pas content avec ça“.⁸

3. Pluralität, Kollision und Anerkennung im Gesellschaftsrecht

Aber zur Sache. Als jemand, der sich vorwiegend mit Wirtschaftsverträgen, Unternehmensorganisation und Kollisionsrecht rechtsvergleichend beschäftigt, kann ich nur zu jenem Teil der Schrift Schmid Stellung nehmen, der sich mit dem – wie ich es einmal nennen möchte – „*Cassis/Centros*-Komplex“ beschäftigt.⁹ Schmid deutet hier kritisch an, dass es vielleicht „vordergründig um den Höhepunkt eines neoliberalen Deregulierungsprogramms“ gehen könnte.¹⁰ Was „hintergründig“ betroffen sein könnte, erschließt sich nicht ohne weiteres. Denn Schmid behandelt die Entscheidungsketten *Segers/Centros/Überseering/Inspire Art* und *Daily Mail/Cartesio* in dem konventionellen deutschen Schema „Gründungstheorie versus Sitztheorie“. Dabei folgt er offenbar der ursprünglich von Behrens vertretenen Auffassung, der EuGH habe hier eine echte Kollisionsnorm im Sinne der sog. „Gründungstheorie“ dekretiert.¹¹ Es hat mich ein wenig überrascht, dass Schmid trotz häufiger Rekurse auf Joerges im Übrigen hier fast unbesehen den kollisionsrechtlichen Vorstellungen Gerhard Kegels folgt, namentlich in diesem Zusammenhang der wesenslogisch abgeleiteten Dichotomie von Gründung und realem Sitz, den beiden angeblich allein möglichen Anknüpfungspunkten des sogenannten „Gesellschaftsstatuts“.¹²

Die ganz allgemein von Schmid diagnostizierten Normkollisionen im europäischen Rechtsraum stelle ich dabei nicht in Frage. Sie bestehen zweifellos zwischen rangverschiedenem nationalen Recht; sie bestehen zwischen verschieden entwickelten und verschiedene Politiken verfolgenden Rechtsberei-

7 Vgl. Stichwort „Modern, Moderne“ in: Ritter, Joachim/Gründer, Karlfried (Hg.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie* Band 6: Mo-O, Darmstadt 1984, Sp. 54-62, dort zu Gutzkow Sp. 55 m. w. Nachw.

8 Nach einer für ihn charakteristischen Denkpause auf der französischen Atlantikinsel *Oléron*, wobei sich allerdings später die Vermutung als unzutreffend herausstellte, dass der Name dieser Insel von lat. „oleo“, dt. „riechen, stinken“, abgeleitet sei. Der lat. Name der Insel ist *Ularius*.

9 Schmid (Fn. 1), 286 f., 374-388, 490-492, insbes. 498-518 mit Referat und Nachweisen zur Rechtsprechung des EuGH, auf die ich im Folgenden verzichte, indem ich nur die bekannten Namen der Entscheidungen im Text nenne.

10 Schmid (Fn. 1), 517.

11 Peter Behrens, „Das Internationale Gesellschaftsrecht nach dem Centros-Urteil des EuGH“, *IPrax* 1999, 323-331.

12 Gerhard Kegel und Kurt Schurig, *Internationales Privatrecht*, 9. Aufl., München 2004, 566-593, insbes. 572.

chen (berühmtes Beispiel: GWB/Personengesellschaftsrecht bezüglich des Wettbewerbsverbots des oHG-Gesellschafters); sie bestehen gegenüber dem Europarecht und gegenüber dem Völkerrecht.

Das kollisionsrechtliche Grundproblem hat Joerges vor 40 Jahren im Anschluss an die Conflicts-Debatte der Realisten in den USA formuliert: Geht es bei den sog. „Kollisionsnormen“ um Schlichtung durch wesenslogische Strukturen, oder stehen rechtspolitisch konfligierende Geltungsansprüche von Normen zur Disposition?¹³ Anders formuliert: Folgen Kollisionsnormen allein *juridischen* Sachgesetzhlichkeiten (so Kegel unter m.E. sehr vereinfachender Berufung auf Savigny, dessen Konzept vom Rechtsverhältnis er jedenfalls beim sog. Gesellschaftstatut gründlich missverstanden hat), oder geht es um jeweils legitimierungsbedürftige Verträglichkeitsmethodik, insbesondere um eine Präzisierung von *Comitas*-Regeln?¹⁴

Die Zentralentscheidung des EuGH in der Rechtssache *Centros* enthält jedenfalls im Sinne Kegels keine Entscheidung „für“ eine Kollisionsnorm. Es geht dort insbesondere nicht um die jetzt in Deutschland als h.M. bezeichnete, zuerst von Palandt-Heldrich¹⁵ propagierte Kompromissformel: für Europa „Gründungstheorie“, für die Schweiz und (so Kegel bereits in einer unerträglichen Altersglosse:¹⁶) für Schwarzafrika „Sitztheorie“.

Auch die Folgeentscheidungen des EuGH enthalten sich konsequent – trotz einiger überflüssiger intellektueller Ausflüge von Generalanwälten – jedweder Stellungnahme zur Formulierung eines einheitlichen „Gesellschaftsstatuts“. Völlig ruhig und korrekt wird, der Aufgabe des EuGH entsprechend, nationales Sachrecht und Kollisionsrecht einheitlich an den Maßstäben der europäischen Marktfreiheiten gemessen. Es geht also nicht um „autonomes“ oder gar „europarecht-resistentes“ Kollisionsrecht im Sinne Kegels oder Kindlers.¹⁷ Es geht nicht um eine „Modernisierung“ oder „Liberalisierung“ des in Europa in den Einzelstaaten geltenden Gesellschaftsrechts oder des zugehörigen IPR, sondern um das Zurückfinden zu den richtigen Grundfragen bei der Konfrontation mit legitimen Geltungsansprüchen verschiedener einschlägiger Normen.

Wenn ich in meinen Beiträgen zum Problem der Behandlung von Gesellschaften im IPR von „europarechtlich moderierten“ Kontrollbefugnissen der

13 Joerges (Fn. 4), 166 f.

14 Dazu im Einzelnen: Erich Schanze, „Das Problem des Gesellschaften im Internationalen Privatrecht“, in: Frantzen, Torstein/Giertsen, Johan/Moss, Giuditta Cordero (Hg.), *Rett og toleranse, Festskrift til Helge Johan Thue*, Oslo 2007, 423-439, inbes. 437.

15 Palandt-Thorn, Kommentar zum BGB, 70. Aufl., München 2011, Anhang zu Art. 12 EGBGB.

16 Gerhard Kegel, „Es ist was faul im Staate Dänemark“, EWS 1999, Heft 8, Editorial.

17 Kegel-Schurig, IPR (Fn. 12); Münchner Kommentar zum BGB/Kindler, 4. Aufl., München 2006, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht, Rn. 1-3, 7.

Nationalstaaten spreche, geht es mir um ein kollisionsrechtliches Verständnis, das wechselseitigen Respekt der kollidierenden Ordnungen einfordert. Als ich die *Centros*-Entscheidung gründlicher studierte, hat es mich überrascht, dass in der praktischen Handhabung das vom EuGH in allen Entscheidungen beachtete, zunächst recht krude wirkende Schema: *Cassis* (milder Anerkennungs-zwang *tel quel*)/Rechtfertigung (Beachtung vitaler Mitgliedstaats-Gemeininteressen)/*Keck* (Gleichstellung nach allgemeinem Verkehrsrecht)/Rückausnahme bei überragenden Unionsinteressen „funktioniert“.¹⁸

Dieses Prüfungsschema erfüllt, jedenfalls in dem von mir vorwiegend untersuchten europarechtlichen Gegenstandsbereich „Unternehmensrecht“, ein Desiderat, welches Christian Joerges 1971 für die kollisionsrechtliche Methodik folgendermaßen formuliert hat: Es sucht „Entscheidungen, die in den jeweils interessierten Jurisdiktionen die relativ geringfügigste Störung bedeuten“.¹⁹ Das Schema wandelt die *Comitas*-Frage vom wohlwollenden Programmsatz in einen juristisch anwendbaren Normzusammenhang. Dies ist, so vermute ich, weder „Modernisierung“ noch „Instrumentalisierung“, sondern etwas, was gute Juristen leisten sollten: nämlich brauchbare methodische Regeln zur Rechtsanwendung zu entwickeln. Auf bessere Vorschläge warten wir.

Als Zweifler habe ich mich seinerzeit bei meinem schottischen Freund David Edward, neben dem Belgier Melchior Wathelet, dem Berichterstatter der Kernentscheidungen, eine der bestimmenden Richterpersönlichkeiten der Entscheidungskette, durch Nachfrage versichert.

Edward verneinte vehement jede Teleologie und jeden richterlichen Aktivismus bei unseren Entscheidungen. Man möge doch bitte den Text der Artikel zur Niederlassungsfreiheit sorgfältig lesen. Es sei schlicht um textbezogene Normanwendung gegangen. Er wäre wohl über die These, es gehe dort um ein „neoliberales Deregulierungsprogramm“, eher amüsiert gewesen.

Allerdings verhehle ich nicht, dass ich in der Entscheidung *Überseering* mit Genugtuung die deutlichen Worte gelesen habe, die den von Bollwerksmentalität getragenen, gegenüber der Niederlassungsfreiheit respektlosen Vortrag der

18 Dazu im Sinne eines „Prüfungsschemas“: Erich Schanze und Andreas Jüttner, „Anerkennung und Kontrolle ausländischer Gesellschaften – Rechtslage und Perspektiven nach der Überseering-Entscheidung des EuGH“, AG 2003, 30 ff.; dies., „Die Entscheidung für Pluralität: Kollisionsrecht und Gesellschaftsrecht nach der EuGH-Entscheidung Inspire Art“, AG 2003, 661 ff.; Erich Schanze, „The Recognition Principle – Tracing Sir Thomas’ Vision to Present European Law“, in: Reid, Elspeth/Miller, David L. Carey (Hg.), *A Mixed Legal System in Transition – T. B. Smith and the Progress of Scots Law*, Edinburgh 2005, 293-301; ders., „Anmerkung zu BGH NJW 2005, 3351 („Liechtensteinsche Anstalt“)“, *Lindenmaier-Möhring-Online I/2006*, 10-12; ders., *Gesellschafts-IPR Fs. Thue* (Fn. 14).

19 Joerges (Fn. 4), 166.

Bundesrepublik Deutschland kurz und klar als inakzeptabel bezeichnen.²⁰ Bereits die erste Instanz, das Landgericht Düsseldorf, hätte beim Rechtsstreit *Überseering* nach der bindenden Klarstellung des europarechtlichen Problems in der Grundsatzentscheidung *Centros* die juristische Finte der Beklagten, die Rechtspersönlichkeit der Kläger zu bestreiten, als europarechtswidrig zurückweisen müssen.

Schwieriger einzuordnen ist der „synthetische“ Fall *Inspire Art*, der vom Gründungsgewerbe initiiert wurde.²¹ Hier überrascht die immanente Vorstellung des EuGH, das wahrscheinlich doch eher zufällig in seinem jetzigen Zustand bestehende Richtlinienrecht sei – man kann es kaum anders verstehen – Grenze jedweder nationalstaatlichen Regulierung.

Dass *Daily Mail* Bestand hat, ist konsequent in dem eher abstrusen Fall *Cartesio* klargestellt worden.²² Die insbesondere in Deutschland populäre Parabel von der Gleichstellung von Zuzug und Wegzug verkennt, dass nur etwas anerkannt werden kann, was auch rechtlich in einem Mitgliedstaat „besteht“, wobei der Mitgliedstaat das Recht behält, den Bestand zu definieren. Die auch von Schmid in diesem Zusammenhang gebrauchte Bezeichnung „Geschöpftheorie“ ist ein weiteres Exempel für einen in Deutschland ebenso beliebten wie sachlich irreführenden Anthropomorphismus im Zusammenhang der Behandlung von juristischen Personen und Personengesellschaften. *Daily Mail* demonstriert das Problem in hinreichender Klarheit. Dort ging es gerade nicht um den Bestand, sondern um die steuerliche Behandlung eines Unternehmens. Anerkennung und Kontrolle von juristischen Personen unter Anwendung des Europarechts beziehen sich nicht auf „Geschöpfe“, sondern auf Rechtslagen, Normzusammenhänge.

4. Zum sogenannten „Markt“ für Gesellschaftsrechte

Eine Bemerkung zum „Wettbewerb der Rechtsordnungen“, dessen Lob man von einem Vertreter des Law-and-Economics-Ansatzes erwartet.²³ In meinen wissenschaftlichen Aufsätzen zum Problem habe ich auf die eröffneten Wahl-

20 Schanze/Jüttner, *Überseering* (Fn. 18).

21 Details: Schanze/Jüttner, *Pluralität* (Fn. 18), 661 dort Fn. 1.

22 Zum Fall: Schmid (Fn. 1), 514 f. Schmid ist allerdings der Auffassung, dass die Gleichbehandlung von sog. Zuzugs- und Wegzugsfällen sinnvoll sei, eine These, die ich nicht teile. Der EuGH hat das Problem bereits bei *Daily Mail* erkannt. Die Nichterwähnung von *Daily Mail* in *Centros* ist, wie mir Richter David Edward im privaten Gespräch bestätigte, absichtsvoll.

23 Vgl. Horst Eidenmüller, „Wettbewerb der Gesellschaftsrechte in Europa“, ZIP 2002, 2233 ff.

möglichkeiten, auf die sinnvolle *Entscheidung für Pluralität*, hingewiesen.²⁴ Es geht dabei aus meiner Sicht um eine Heuristik, die von der Prämisse ausgeht, dass Gerechtigkeit in vielen Gestalten und in vielen Häusern virulent ist. Der Gedanke der Wahl in einem europäischen Marktangebot von Johannisbeerlikören kann nur recht unvollkommen auf die Wahl zwischen rechtlichen Regimen übertragen werden. Pointiert: Beim Likör nehme ich, wenn es denn sein muss, die Flasche meiner Wahl, zu 16, 22 oder 25 Vol%. Es muss nur auf dem Etikett stehen. *I know what I get, and I know the consequences*.

Bei Regimen gibt es sehr unübersichtliche Randbedingungen der „Einbettung“ der Regeln in die jeweilige Rechtsordnung. Das Bild der „Bepreisung“ von Institutionen, welches wir dennoch in der Ökonomischen Analyse des Rechts verwenden, zeigt allerdings sichtbare Tugenden. Es nötigt zur klärenden Funktionsanalyse; es deckt Willkür, Rentseeking und „institutionelle Verschlackung“ auf. Es enthält vorwiegend ein Programm der Erforschung, und nur nachrangig ein Programm der Rechtfertigung von Institutionen.²⁵

5. Anerkennung und das Problem des sog. Einheitsstatuts im Gesellschafts-IPR

Was kann Gegenstand der Anerkennung sein?²⁶ Die Lehre vom Einheitsstatut im Gesellschaftsrecht insinuiert, dass es hier einen privatrechtlich verfassten einheitlichen Gegenstand gebe, ein „Rechtsverhältnis“, für das eine einheitliche Anknüpfungsregel gelte.

Ginge es allein um die Anerkennung ausländischer Rechtspersonen als solche, so könnte man an eine traditionelle Kollisionsnorm denken, die freilich neben der „Gründung“, wie bereits betont, den aktuellen Bestand nach heimischem Recht voraussetzt. Damit ist allerdings wenig gewonnen, denn es bleibt offen, in welchem Maße Eigenschaften von Rechtspersonen anerkennenswert sind. In welchem Handlungsrahmen agieren Gesellschaften? Europarechtlich: wo greift *Keck* ein? Was ist das für alle Gesellschaften verbindliche „allgemei-

24 Erich Schanze, „Die Bedeutung von Law and Economics für die Unternehmen“, in: Rechtswissenschaftliche Abteilung der Universität St. Gallen (HSG) (Hg.), *Rechtliche Rahmenbedingungen des Wirtschaftsstandorts Schweiz – Festschrift 25 Jahre juristische Abschlüsse an der Universität St. Gallen* (HSG), Zürich und St. Gallen 2007, 103-117.

25 Näher: Erich Schanze, „What is Law and Economics Today? A European Perspective“, in: Nobel, Peter/Gets, Marina (Hg.), *New Frontiers of Law and Economics*, Zürich 2006, 99-113.

26 Dazu Heinz-Peter Mansel, „Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums“, *RabelsZ* 70 (2006), 651-731; Schanze, *Recognition Principle* (Fn. 18).

ne Verkehrsrecht“²⁷

Die Berufung auf die kollisionsrechtliche Methodik Savignys führt hier ins Leere. Trotz aller „Nexus“-Deutungen der Korporation²⁸ ist die Rechtsperson eben Person, Zurechnungssubjekt, und kein „Rechtsverhältnis“ (auf das sich Savignys Frage nach der „Nathur des Rechtsverhältnisses“ bezieht). Kegel hat dies bewusst oder unbewusst missverstanden. Savigny hat bei der Behandlung des Problems, anders als Kegel, eine freiheitliche Lösung vorgeschlagen. Er hat auf den *gewählten* Sitz, den *satzungsmäßigen* Sitz abgestellt, nicht auf den *realen* Sitz. Ihm ist die deutsche Rechtsprechung bis in die 30er Jahre des 20. Jahrhunderts gefolgt. Gotha war das Delaware Deutschlands für den Bergbau.²⁹

Der „Umschwung“ zum Verwaltungssitz, den Kegel wesenslogisch überhöht, reflektiert, bei höflicher Deutung, jenseits nationalstaatlicher Hypertrophie, den Befund, wohl kaum die gewonnene Einsicht, dass „Gesellschaftsrecht“ inzwischen zu einem Korpus von Wirtschaftsregulierung aufgeschwemmt wurde, verkörpert durch das Aktienrecht von 1937, also der anstaltsmäßigen Organisationsform des Reichsnährstands mit dem notorischen § 23 Abs. 5 AktG, der bis heute gilt.³⁰

Die sog. (reale) Sitztheorie Kegels ist, wenn man von ihren Wurzeln abieht, in gewisser Weise eine „funktionale“ Reaktion auf die Aufladung des Gesellschaftsrechts mit öffentlicher Regulierung. Und Regulierung wird bekanntlich mit „Sonderanknüpfungen“ „lokalisiert“. Wirtschaftsregulierung ist der Grundthematik des Savigny'schen Internationalen Privatrechts entzogen. Die Verwaltungssitztheorie behandelt das Problem radikal. Sie ist geronnene Sonderanknüpfung. Sie lokalisiert die Gesellschaft samt ihrer „privatrechtlichen“ Komponenten *in toto*. Soweit Privatrechtsinhalte betroffen sind, namentlich die Existenzbedingungen privater Wirtschaftsorganisationen, geht es – wie bereits bemerkt – um Anerkennung der Subjektivität, ihrer existenzbegründenden Attribute und der Einbettung in den nationalen Regelungskontext. Die Kuriosität der „modernen“ Sitztheorie besteht darin, dass sie wesentlich Nicht-Anerkennungstheorie ist. Sie kennt nur „Inländer“. Sie macht, wie *Überseering*

27 Jüttner/Schanze, Pluralität (Fn. 18). So verstehe ich letztlich auch die Behandlung der gesellschaftsrechtlichen Entscheidungen des EuGH von Christian Joerges, „Zur Legitimität der Europäisierung des Privatrechts – Überlegungen zu einem Recht-Fertigungs-Recht für das Mehrebenensystem der EU“, EUI Working Paper LAW 2003/2, der allerdings dort meine Überlegungen wohl etwas anders deutet.

28 Frank H. Easterbrook und Daniel R. Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law*, Cambridge, Mass. und London 1991, 1-39.

29 Zu Savigny näher Schanze, *Gesellschaftsrechts IPR* (Fn. 14). Zur Rechtsprechung des Reichsgerichts und zu Gotha die Marburger Dissertation von Christoph Trautrim, *Das Kollisionsrecht der Personengesellschaften*, Marburg 2009, 45-59.

30 Für Nicht-Gesellschaftsrechtler: Das deutsche Aktienrecht ist anders als das GmbH-Recht kein „Ermöglichungsrecht“ im Rahmen der Privatautonomie, sondern wesentlich zwingendes Recht.

demonstriert, mit der Gastfreundschaft des Prokrustes Ernst.³¹

Demgegenüber ist die „Gründungstheorie“ ein Missverständnis des Regelungsproblems. Sie ist nicht nur eine Fehlbezeichnung, denn zentral ist der rechtliche Bestand, nicht die Gründung in einer anderen Jurisdiktion. Sie ist auch jedweden Regulierungszwecken gegenüber inhaltsleer, es sei denn, man behauptete ernsthaft, dass Gastfreundschaft *per se* verpflichte, das „fremde Geschöpf“ unbeschränkt in allen Attributen und Verhaltensweisen zu tolerieren.

Angesichts der Antinomien der angeblich wechselseitig ausschließlichen „Theorien“ zur Behandlung von Gesellschaften im IPR habe ich eine methodische Neuorientierung vorgeschlagen. Bei Annahme der Gleichwertigkeit der „Gesellschaften“ erscheint für die Bildung eines Kollisionsregimes die Arbeitsunterscheidung zwischen „Subjekteigenschaften“ und „allgemeinem Verkehrsrecht“ hilfreich.³² Im Ausgangspunkt sind bestehende „ausländische“ Gesellschaften als solche im „inländischen“ Rechtsverkehr zu respektieren. Ebenso wird ein Kontrollbedürfnis der Staaten respektiert, wenn es Verträglichkeitskriterien der (europarechtlichen, WTO-rechtlichen) *Comitas* genügt. Der Methodik der EuGH-Rechtsprechung zu den Marktfreiheiten folgend ist die Nichttolerierung von Subjekteigenschaften rechtfertigungsbedürftig. Dass auf diese Weise anerkannte Gesellschaften die Regeln des lokalen Rechtsverkehrs allgemein zu beachten haben (*Keck*), ist nur in Ausnahmefällen in Frage zu stellen. Insoweit gilt in einer (europäischen/globalen) Marktwirtschaft prinzipiell Gleichbehandlung der Teilnehmer.³³

Zusammenfassend: In den von Schmid diskutierten europarechtlichen Entscheidungen geht es nicht um Deregulierung, Instrumentalisierung oder Modernisierung, sondern um eine Art „Wiederentdeckung“ der Relevanz kollidierender Gemeininteressen im Kollisionsrecht, eine Rückkehr zur Fragestellung, die Joerges 1971 vorgetragen hat.³⁴

6. Unsere Aufgabe

Dass Christian Joerges das „Verfassungsproblem“ der Sonderordnung USA, namentlich die „Establishment Clause“ und die „Commerce Clause“, ohne welche der heute als produktiv verstandene Delaware-Prozess nicht denkbar

31 Schanze, Gesellschafts-IPR (Fn. 14), 424 f.

32 Zuerst im Kommentar zu Überseering; in Schanze Jüttner, Überseering (Fn. 18); vgl. auch die Marburger Dissertation von Andreas Jüttner, Gesellschaftsrecht und Niederlassungsfreiheit – nach Centros, Überseering und Inspire Art, Frankfurt 2005.

33 Schanze, Gesellschafts-IPR (Fn. 14).

34 Joerges (Fn. 4).

ist, nicht in den Blick genommen hat, verschweige ich nicht. Dies hing damit zusammen, dass er von der zeitgenössischen IPR-Diskussion her sich beim Beispielsmaterial im Wesentlichen auf Interstate Torts beschränken konnte. Auch ich konnte damals bei den Gesprächen über den Gegenstand der Arbeit in Frankfurt nichts Einschlägiges vortragen, denn ich hatte beim Studium im IPR-Kurs von David F. Cavers 1968 in den USA insoweit keine Hinweise erhalten. Ich hatte auch damals noch keine Veranlassung gesehen, die Lösung bei Savigny näher anzusehen, sondern hielt den Kegel'schen Ansatz arglos für ein Referat Savignys. Die amerikanische Problemlage ist erstmals gründlich für das Gesellschaftsrecht von Richard Buxbaum 1988 dargestellt,³⁵ aber weiter in der deutschen Literatur kaum beachtet worden, obwohl sie für das Verständnis des Integrationsprozesses als Spannungsverhältnis von Harmonisierung und Pluralität paradigmatisch ist.

Das Buch von Christoph Schmid setzt mit der Betonung von Rechtskollisionen in Europa einen richtigen Akzent. Denn die Entwicklung von Regeln für die Anerkennung von Pluralität ist wichtiger als beflissene Rechtsharmonisierung.

Die Erforschung kollidierender einzelstaatlicher und bundesstaatlicher Gemeininteressen und deren Schlichtung mit ausformulierten Comitas-Regeln war und ist eine wichtige Aufgabe zur Gewinnung eines besseren Verständnisses der bewusst unvollendeten Rechtseinheit der USA. Diese Aufgabe erscheint elementar für die Erfassung und Behandlung der komplexeren, vielsprachigen, in den Grundlagen vielfältigen, auf Einheit und Vielheit für ihren politischen Bestand angewiesenen Rechtsordnung der EU. Wir sollten die Aufgabe, um das schöne Schlusszitat Schmidts erneut aufzugreifen, dennoch *laeto pede*, also leichten Fußes angehen. Denn der Weg könnte steinig werden. Dies signalisieren zwei Warnhinweise. Sie betreffen das fortgesetzte europäische Desinteresse an den verfassungsrechtlichen Erfahrungen der Vereinigten Staaten von Amerika zur Rechtsintegration und das oben näher beschriebene Verweilen der herrschenden deutschen IPR-Doktrin bei verbrauchten Denkschablonen.

35 Richard M. Buxbaum und Klaus J. Hopt, *Legal Harmonization and the Business Enterprise – Corporate and Capital Market Law Harmonization Policy in Europe and the U.S.A.*, Berlin, New York 1988, ch. 2 (29-165). Der auf „Harmonisierung“ abstellende Gesamttitel liegt vor der politischen „Wende“ der EU-Politik von der „Harmonisierung“ zur „Anerkennung“. Der Titel ist für den Teil Buxbaums kaum einschlägig, denn er behandelt für die Vereinigten Staaten das heute überaus aktuelle Thema des Verhältnisses von [wesentlich: einzelstaatlichem] Unternehmensrecht zum Verfassungsrecht in der föderalen Konstellation (explizit: 164). Es ist möglich, dass Christoph Schmid deshalb diese wegweisende Darstellung nicht gefunden und verarbeitet hat.

Kartell- und Privatrecht in der Europäischen Union*

Jules Stuyck

I. Einführung

Es ist eine Selbstverständlichkeit, dass Christoph Schmid in seinem Hauptwerk über die „Instrumentalisierung“ des Privatrechts durch die Union¹ auch das europäische Wettbewerbsrecht behandelt. Die Wettbewerbspolitik ist nicht nur eine der wichtigsten gemeinsamen Politikfelder der Union, sondern ergänzt auch den Binnenmarkt. Private Akteure sollen nicht die Errungenschaften des Gemeinsamen Marktes durch die Errichtung neuer Schranken für grenzübergreifende Geschäfte gefährden.² Schmid thematisiert dementsprechend an verschiedenen Stellen seines Werkes und in unterschiedlicher Ausführlichkeit Wettbewerbsrecht und -politik. Behutsam analysiert und bewertet er die verschiedenen Bereiche des Wettbewerbsrechts: Kartellrecht, Fusionskontrolle und staatliche Beihilfen.

Die Möglichkeit der Beeinflussung des Privatrechts durch die kartellrechtlichen Bestimmungen der Art. 101 AEUV (ex Art. 81 EG) und Art. 102 AEUV (ex Art. 82 EG) ist sogar offensichtlicher als durch die Grundfreiheiten, da sich erstere direkt an Unternehmungen richten, während letztere an die Mitgliedstaaten adressiert sind.

Art. 101 II AEUV bezieht sich dabei direkt auf das Privatrecht: Wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen oder Beschlüsse i.S.d. Art. 101 I AEUV sind nichtig. Noch drastischer beeinflussen die Verbote des Art. 101 I AEUV Handelsverträge und damit die Vertragsfreiheit. Europäisches Kartellrecht ist dennoch Öffentliches Recht. In dieser Hinsicht ist auch interessant, dass der EuGH 2001 im *Courage*-Urteil³ entschieden hat, die effektive Durchsetzung des Kartellrechts setze voraus, dass die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen einen Schadensersatzanspruch von Opfern von Kartellverstößen anerkennen. Ich werde auf dieses auch von Christoph Schmid behandelte Urteil im zweiten Teil meines Beitrags zurückkommen.

* Übersetzt von Tobias Pinkel.

1 Christoph Schmid, Die Instrumentalisierung des Privatrechts durch die Europäische Union, Baden-Baden 2010.

2 Zur Integrationsfunktion des europäischen Kartellrechts, die auch von Schmid diskutiert wird, später noch ausführlich.

3 EuGH Rs. C-453/99, *Courage*, U. v. 20.9.2001, Slg. 2001, I-6297.

Zunächst möchte ich aber Christoph Schmid's Sicht auf die Entwicklung des Europäischen Wettbewerbsrechts vor dem Hintergrund seiner zentralen These, derzufolge das Ziel der Marktintegration der EU die Gerechtigkeitsfunktion des Privatrechts gefährdet, diskutieren. Im Hinblick auf das europäische Wettbewerbsrecht folgert Schmid, dass dieses eine Rahmenordnung für privatautonome Vereinbarungen schafft.⁴ Die Aufgabe des Wettbewerbsrechts bestehe entsprechend der neoliberalen Grundideen nur in der Korrektur fundamentalen Marktversagens in den Formen des Kartells, des Missbrauchs einer marktherrschenden Stellung sowie der Fusion (die funktionierenden Wettbewerb gefährdet), um damit die privatautonomen Handlungsspielräume aller Marktteilnehmer zu optimieren. Trotzdem gebe es Situationen bei der Anwendung des Europäischen Wettbewerbsrechts, in denen die vordringliche gemeinschaftliche Zielsetzung, ungestörten Wettbewerb zu garantieren, über der Gerechtigkeitsfunktion des Privatrechts stehe.

II. Europäisches Wettbewerbsrecht, Marktintegration und Privatrecht

In seinem Hauptwerk hebt Christoph Schmid die Entwicklung hervor, die das europäische Wettbewerbsrecht seit 1958 durchlaufen hat.⁵ Zu Beginn dieses Millenniums fand eine Modernisierung verschiedener Bereiche des Europäischen Wettbewerbsrechts statt (vertikale Vereinbarungen, Anwendung der Art. 101 und 102 AEUV, die Reform der Fusionskontrolle von 2004 und letztlich der Vertrag von Lissabon, der das Ziel des ungestörten Wettbewerbs von dem Vertrag in ein Protokoll⁶ verbannte). Schlagworte dieser Entwicklung sind der „more economic approach“ (stärkere Einbeziehung wohlfahrtsökonomischer Argumente) und der „effect-based versus form-based approach“ (stärkere Orientierung an den konkreten Auswirkungen einer wettbewerbsrechtlichen Maßnahme als an ihrer rechtlichen Gestalt).⁷

Schmid sieht in der Reform zur Anwendung des Art. 101 AEUV im Bereich der vertikalen Vereinbarungen des Jahres 1999 (Verordnung 2790/1999⁸; jetzt Verordnung 330/2010⁹) die Aufhebung des absoluten Vorrangs der Marktintegration zu Gunsten einer stärkeren Berücksichtigung ökonomischer

4 Schmid (Fn. 1), 821.

5 A. a. o., 365 ff.

6 Protokoll Nr. 27 über den Binnenmarkt und den Wettbewerb.

7 Schmid (Fn. 1), 365-366.

8 ABl. L 336 v. 29.12.1999, 21-25.

9 ABl. L 102 v. 23.4.2010, 1-7.

Argumente (des „more economic approach“) bei der Bewertung vertikaler Vereinbarungen, obwohl er der Meinung ist, dass die Zielsetzung der Markintegration immer noch eine große Bedeutung habe.¹⁰

An dieser Stelle soll angemerkt werden, dass der traditionelle Ansatz der konsekutiven Gruppenfreistellungsverordnung für Kraftfahrzeuge, der aus Regulierungen des vertraglichen Verhältnisses von Produzent und Autohändlern besteht (was wiederum keine Zielsetzung des Wettbewerbsrechts ist) aufgegeben wurde; Verordnung 461/2010¹¹ bestimmt, dass die derzeitige Gruppenfreistellungsverordnung für Kraftfahrzeuge, Verordnung 1400/2002¹², zum 1. Juni 2013 aufgehoben wird. Ab dann wird der Vertrieb von Autos durch die generelle Gruppenfreistellungsverordnung 330/2010 geregelt, mit der Folge, dass Vertriebsvereinbarungen für alle Produkte, inklusive Autos, größtenteils von der Anwendung der Wettbewerbsvorschriften ausgenommen sind, sofern die Vertragsparteien einen Marktanteil von unter 30% haben und die Verträge keine Klauseln enthalten, die in einer Schwarzen Liste aufgenommen sind. Das europäische Wettbewerbsrecht wird, abgesehen von wenigen Fragen wie territorialen Beschränkungen und Wettbewerbsverboten,¹³ also im Allgemeinen keinen großen Einfluss mehr auf Vertriebsvereinbarungen haben.

Im Bereich der Fusionskontrolle vertritt Schmid die These, dass die Einführung des Kontrollmaßstabs der „erheblichen Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs“ (SIEC-Test – Significant Impediment of Effective Competition Test) im Jahre 2004 (inspiriert durch den US-Amerikanischen SCL-Test – significant lessening of competition test) im Vergleich zum früheren Dominanztest flexiblere Entscheidungen ermögliche. In der Praxis muss sich dies nicht unbedingt bewahrheiten. Betrachtet man eine Übersicht der angemeldeten Fusionen in den ersten fünf Jahren seit der Änderung am 1. Mai 2004 (ein Zeitraum, in dem nicht weniger als 1.665 Fusionen angezeigt wurden), ist eine Reduktion der negativen Entscheidungen von 1 % (vor 2004) auf 0,1 % (nach dem 1. Mai 2004) auffällig.¹⁴ Es scheint so, als hätte die Kommission quasi nie eine Fusion auf der Basis nichtabgestimmter einseitiger Effekte verboten. Auf der anderen Seite stellt Schmid zu Recht fest, dass der „more economic approach“ aus rechtlicher Sicht positiv zu bewerten ist, da er nicht radikal und schematisch implementiert wurde, sondern zu einer zeitgemäßen Reformierung in der Anwendung abstrakter rechtlicher Regelungen ohne eine Schwächung

10 Schmid (Fn. 1), 368-369.

11 ABl. L 129 v. 28.5.2010, 52-57.

12 ABl. L 203 v. 1.8.2002, 30-41.

13 Vgl. Art. 4 und 5 der Verordnung 330/2010.

14 Frank Maier-Rigaud und Kay Parlies, „EU Merger Control Five Years After the Introduction of the SIEC Test: What Explains the Drop in Enforcement Activity?“, ECLR 2009, 565 ff.

der Rechtssicherheit geführt hat.¹⁵

In allgemeinerer Weise thematisiert Schmid auch die negativen Einflüsse des Europäischen Wettbewerbsrechts auf das nationale Privatrecht.¹⁶ Hierzu zitiert er Christian Joerges' Artikel¹⁷ von 1997 zum *Pronuptia*-Urteil¹⁸ des EuGH über die Anwendung des Art. 101 AEUV auf Franchising-Verträge: „From the perspective of antitrust's new economic rationale, any protection of the franchisee's interests through mandatory rules will seem to be misguided in principle“. Schmid scheint dem zuzustimmen. Ich bin mir da nicht so sicher. Schmid sieht in dem Urteil eine Ausformung des „rule of reason“-Ansatzes. Es wird hier jedoch vertreten, dass es sich hierbei eher um den „ancillary restraints“-Ansatz handelt: Solche Wettbewerbsbeschränkungen (wie sie in Franchising-Verträgen zu finden sind), die zur Funktionsfähigkeit derartiger Absprachen notwendig und aus Wettbewerbsicht auch nicht grundsätzlich anstößig sind, sollten nicht als Beschränkungen des Wettbewerbs i.S.d. Art. 101 I AEUV gesehen werden. Dies führt zu einem eingeschränkten (in Wirklichkeit sogar sehr eingeschränkten) Einfluss von Wettbewerbsregelungen auf vertragliche Beziehungen. Die beschränkte Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV bei Franchising-Verträgen (zumindest im Rahmen der allgemeinen Gruppenfreistellungsverordnung 2790/1999 und 330/2010 bis zu einem Marktanteil von 30 % für Vereinbarungen in Franchise-Verträgen, die den Wettbewerb beschränken) hat zudem Mitgliedstaaten (wie Frankreich und Belgien) nicht davon abgehalten, gesetzliche Bestimmungen zum Schutz zukünftiger Franchisenehmer in der Form von vorvertraglichen Informationspflichten zu erlassen oder Entwicklungen in den nationalstaatlichen Rechtsordnungen (meist durch Richterrecht auf der Basis des allgemeinen Vertrags- oder Schuldrechts) verhindert, die Franchisenehmer in ihren vertraglichen Beziehungen mit Franchisegebern schützen. Zeugnis davon legt z.B. Art. IV.E.-4:101 Entwurf eines gemeinsamen Referenzrahmens (Draft Common Frame of Reference – DCFR)¹⁹ ab, der solche Schutzbestimmungen enthält. Auffällig ist in dieser Hinsicht das einseitige Kündigungsrecht des Franchise-Vertrags.

Schmids Analysen des Fallrechts im Bereich der Anwendbarkeit des Europäischen Wettbewerbsrechts auf Fälle der übertragenen Selbstregulierung

15 Schmid (Fn. 1), 374.

16 A. a. o., 548 ff.

17 Christian Joerges, „The Impact of European Integration on Private Law: Reductionist Perceptions, True Conflicts and a New Constitutional Perspective“, 3 ELJ 1997, 378.

18 EuGH Rs. 161/84, *Pronuptia*, U. v. 28.1.1986, Slg. 1986, 353.

19 Veröffentlicht als von Bar, Christian/Clive, Eric/Schulte-Nölke, Hans (Hg.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR) – Outline Edition, München 2009.

stimme ich hingegen überwiegend zu. Schmid findet keinen Anstoß am Ausschluss der Anwendbarkeit von Art. 101 AEUV auf Tarifverträge. Ich stimme diesem Ausschluss auch zu (wenn auch aus anderen Gründen als denen des EuGH in *Albany*²⁰ und anderen Urteilen: Ausschluss des sozialen Bereichs), weil Gewerkschaften keine Zusammenschlüsse von Unternehmen sind. Sehr kritisch sieht Schmid hingegen die meist fehlende wettbewerbsrechtliche Kontrolle von Marktregulierungen durch Branchenverbände in Fällen, in denen die Selbstregulierung durch den Staat genehmigt oder in Kraft gesetzt wird oder wenn die Regulierungen von Personen erlassen werden, bei denen davon auszugehen ist, dass diese im Allgemeininteresse handeln. In der Tat sind die 1993 vom EuGH gefällten Urteile *Meng*²¹, *Reiff*²² und *Ohra*²³ überraschend. Unternehmensvertreter von betroffenen Firmen schlossen *de facto* horizontale Vereinbarungen über Preise oder andere Wettbewerbsbedingungen. Diese Kartelle wurden aber nicht als solche betrachtet. Art. 101 AEUV wurde nicht zur Anwendung gebracht, da die Entscheidungen auf Basis legitimer Verfahren mit angemessenen Beteiligungsmöglichkeiten der Betroffenen zum Wohle der Allgemeinheit getroffen wurden. Schmid ist hier in der Feststellung zuzustimmen, dass diese Urteile auf der unrealistischen Annahme basieren, dass prozedurale Regelungen private Akteure mit wirtschaftlichem Eigeninteresse dazu bringen, im Gemeininteresse zu handeln.²⁴ Schmid erwähnt auch spätere Urteile (*Spediporto* und *Pavlov*), die auf den gleichen Erwägungen basieren.

Einen Höhepunkt in der beschränkten Durchsetzung des Allgemeininteresses durch den EuGH stellen die Rechtssachen *Arduino*²⁵ und *Cipolla*²⁶ dar. In diesen urteilte der EuGH, dass Gebührenordnungen, die formell von Anwaltsvereinigungen nur vorgeschlagen wurden und durch den Staat (z.B. in Form von Ministerialerlassen) zu genehmigen bzw. in Kraft zu setzen sind, als staatliche Maßnahme qualifiziert werden und damit nicht unter Art. 101 AEUV fallen. Zu Recht kritisiert hier Schmid die Position des Gerichtshofs zur Frage, wie das Gemeininteresse hier geschützt werden soll.

20 EuGH Rs. C-67/96, *Albany*, U. v. 21.9.1999, Slg. 1999, I-5863.

21 EuGH Rs. C-2/91, *Meng*, U. v. 17.11.1993, Slg. 1993, I-5751.

22 EuGH Rs. C-185/91, *Reiff*, U. v. 17.11.1993, Slg. 1993, I-5801.

23 EuGH Rs. C-245/91, *Ohra*, U. v. 17.11.1993, Slg. 1993, I-5851.

24 Schmid (Fn. 1), 595.

25 EuGH Rs. C-35/99, *Arduino*, U. v. 19.2.2002, Slg. 2002, I-1529.

26 EuGH Rs. C-94/04, *Cipolla*, U. v. 5.12.2006, Slg. 2006, I-11421.

III. Private Durchsetzung des europäischen Wettbewerbsrechts

Der EuGH hat in der Rechtssache *Courage*²⁷ und später auch in der Rechtssache *Manfredi*²⁸ das europarechtlich garantierte Recht auf Schadensersatz bei Schäden, die durch Kartellrechtsverletzungen entstanden sind, anerkannt. Die Mitgliedstaaten müssen deshalb in ihren nationalen Rechtsordnungen effektive Möglichkeiten, Schadensersatzansprüche durchzusetzen, zur Verfügung stellen.

Schmid bewertet *Courage* positiv,²⁹ da dieses Urteil zu einer „sozialen Materialisierung“ führe, was das Gegenteil von dem sei, was beispielsweise im Beihilferecht geschehe, wo grundlegende Prinzipien des Bereicherungsrechts und des Vertrauensschutzes fast vollständig zu Gunsten der Effektivität des Beihilferechts weggewischt werden.

Hier soll hingegen vertreten werden, dass dies nur ein scheinbarer Widerspruch ist. In Wirklichkeit dienen sowohl der Ausschluss von privatrechtlichen Rechtsbehelfen, die dazu geführt hätten, der Rückzahlungspflicht bei rechtswidrig erhaltenen Subventionen zu entgehen, als auch die Anerkennung von Schadensersatzansprüchen im Fall eines Kartellrechtsverstoßes demselben Ziel: der effektiven Durchsetzung von Wettbewerbsregeln (für Unternehmen im einen Fall, für Mitgliedstaaten im anderen). Zudem ist die Begrenzung des Vertrauensschutzes für Subventionsempfänger weniger problematisch als es zunächst scheint. Ein Unternehmen, das Subventionen erhält, trifft natürlich auch eine Verkehrspflicht zu überprüfen, ob diese Subventionen unionsrechtskonform sind. Das Vertrauen darauf, dass diese Subventionen nicht zurückgezahlt werden müssen, ist deshalb oftmals begrenzt.

IV. Einige allgemeine Anmerkungen: Wurde Privatrecht tatsächlich durch Europäisches Wettbewerbsrecht umgestaltet?

Alles in allem glaube ich nicht, dass nationales Privatrecht stark durch Europäisches Wettbewerbsrecht (inklusive des Beihilferechts) beeinflusst wurde.

Art. 101 II AEUV hat nur geringfügigen Einfluss auf das Privatrecht, da die Folgen der Nichtigkeit (nach Ansicht des Gerichtshofs) dem nationalen Recht

27 EuGH Rs. C-453/99, *Courage*, U. v. 20.9.2001, Slg. 2001, I-6297.

28 EuGH Rs. C-295/04, *Manfredi*, U. v. 13.7.2006, Slg. 2006, I-6619.

29 Schmid (Fn. 1), 576.

überlassen bleiben.³⁰ Auch Schadensersatzforderungen bei Kartellrechtsverstößen werden nach nationalem Recht bestimmt. In *Courage* und *Manfredi* hat der EuGH nur die Existenz eines Schadensersatzanspruches an sich anerkannt und einige allgemeine Grundsätze aufgestellt, wie dass das Opfer nicht nur einen Anspruch auf *damnum emergens*, sondern auch auf *lucrum cessans* und Zinsen hat. Zugegebenermaßen zwang das Urteil in der Rechtssache *Courage* England dazu, im Bereich des Kartellrechts eine allgemeine Regel des Vertragsrechts aufzugeben, nämlich dass eine Vertragspartei keinen Schadensersatz von seinem Vertragspartner verlangen kann, wenn sie selbst an einem illegalen Vertrag (also einer Kartellabsprache) beteiligt war. Dies scheint indes aber kein grundlegender Eingriff ins Privatrechtssystem zu sein.

Im Bereich der vertikalen Vereinbarungen ist dank der sehr umfassenden Gruppenfreistellungsverordnungen der Einfluss von Art. 101 AEUV auf das Vertragsrecht auch beschränkt. Im Bereich der horizontalen Kartelle scheint der Einfluss noch geringer zu sein, da solche Zusammenschlüsse zwischen Wettbewerbern im Allgemeinen nicht in Form einer rechtlich bindenden Vereinbarung geschlossen werden. Wenn man die Beschlüsse der Kommission im Kartellrecht betrachtet, fällt auf, dass sich die meisten Beschlüsse (die Strafen gegen Kartellmitglieder verhängen) auf abgestimmte Verhaltensweisen i.S.d. Art. 101 I AEUV und nicht auf Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern oder Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen beziehen. Privatrecht ist damit fast nie betroffen.

Zusammengefasst ist es indes ein Verdienst von Schmid's Werk, dass es die Entwicklungen und Funktionsweisen aller Bereiche des Europäischen Wettbewerbsrechts (Kartellrecht, Recht der Fusionskontrolle und Beihilferecht) aus privat- und verfassungsrechtlicher Sicht betrachtet.

Letztlich können meine kurzen Anmerkungen, die nur einen kleinen Teil von Schmid's umfassender Schrift betreffen, nicht der sehr fundierten wissenschaftlichen Bearbeitung von „Privatrecht und Privatrechtskonzeptionen in der Entwicklung der Europäischen Integrationsverfassung“ (so der Untertitel des Buches) und der sehr innovativen Methoden bei der Analyse des Zusammenspiels der europäischen Grundfreiheiten mit dem nationalen Privatrecht³¹ gerecht werden.

30 Vgl. hierzu auch die interessanten Ausführungen von Schmid (Fn. 1), 551 f. über die – nach Ansicht des Autors – zufriedenstellende Lösung der Auswirkungen der Nichtigkeit einer Beschränkungsklausel auf den Gesamtvertrag nach deutschem Recht zur Umsetzung der Vorgaben des EuGH nach dem Vorabentscheidungsverfahren *Pronuptia* (EuGH Rs. 161/84, *Pronuptia*, U. v. 28.1.1986, Slg. 1986, 353).

31 So z.B. die kollisionsrechtlichen Rekonstruktionen Schmid (Fn. 1), 475 ff. und hier insbesondere der Ansatz „diagonaler Kollisionen“ Schmid (Fn. 1), 480 ff.

Insgesamt hat Christoph Schmid dargestellt, wie europäisches Primärrecht und hier insbesondere das Wettbewerbsrecht das nationale Privatrecht beeinflusst. Die neoliberalen Grundlagen des Europäischen Wettbewerbsrechts haben dabei gewichtige Auswirkungen auf das Verhältnis von Gerechtigkeit und gesellschaftlicher Lenkung.³²

Was wir heute erleben, könnte nur der Anfang einer neuen Entwicklung im Verhältnis zwischen Unionsrecht und nationalem Recht sein. In diesem Prozess könnte die Trennungslinie zwischen Öffentlichem Recht und Privatrecht immer weiter verschwimmen.³³

32 Schmid (Fn. 1), 547.

33 Ausführlich zu dieser Entwicklung im Allgemeinen vgl. auch Walter van Gerven und S. Lierman, *Algemeen Deel Veertig Jaar Later*, Mechelen 2010.

Verbraucherschutz und Sozialschutz

Brigitta Lurger

A. Langjährige Gefährdung des sozialen Schutzes im Privatrecht durch die EU

Christoph Schmid's Instrumentalisierungsthesen,¹ die die Unterordnung des Privatrechts unter die Marktfunktion, die damit einhergehende Materialisierung des Privatrechts und die Gefahr des Verlusts seiner ursprünglich vorhandenen umfassenderen Gerechtigkeitsfunktion beschreiben, sollen hier Ausgangspunkt für weitere Überlegungen sein, die das Verbraucherrecht der EU betreffen. Es handelt sich um Vorüberlegungen zum Versuch, dem Europäischen Privatrecht, das in starkem Maße von Verbraucherschutzrecht und Wettbewerbsrecht geprägt ist, soziale Gerechtigkeit einzuhauchen und es dem eindimensionalen Marktfunktionalismus damit teilweise zu entziehen. Ein sich im frühen Entwicklungsstadium befindliches europäisches Sozialmodell könnte als Basis und Orientierungspunkt für eine Verbesserung des europäischen Verbraucherschutzes dienen. Hierbei erscheinen vor allem zwei Punkte wichtig:

1) das sich im europäischen Recht der Daseinsvorsorge (Dienstleistungen von allgemeinem [wirtschaftlichen] Interesse, Art 106 Abs. 2 AEUV, Art 36 EU-Grundrechte-Charta²),³ einem Regulierungsrecht, in dem sich private und öffentliche Rechtsinstrumente oft fast ununterscheidbar mischen, entwickelnde neue Leitbild eines „vulnerable consumer“ – eines „verwundbaren Verbrauchers“ und

2) die externen Interessen, die durch Verbraucherumsätze im Binnenmarkt betroffen werden, die sog „externe soziale Funktionalität“ von Verbrauchergeschäften auf meist global vernetzten Märkten (Durchbrechung der bloß internen Betrachtung zweipersonaler Verträge und damit der sog „Relativität der Verträge“).

1 Christoph Schmid, Die Instrumentalisierung des Privatrechts durch die Europäische Union, Baden-Baden 2010; Christoph Schmid, „The instrumentalist Conception of the Acquis Communautaire in Consumer Law and its implications for a European Contract Code“, ERCL 2005, 211.

2 Grundrechte-Charta der EU (ABl 30.3.2010 C-83/39) Art 36: *Zugang zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse* – Die Union anerkennt und achtet den Zugang zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, wie er durch die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten im Einklang mit den Verträgen geregelt ist, um den sozialen und territorialen Zusammenhalt der Union zu fördern.

3 Grünbuch der Kommission vom 21.5.2003 zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2003) 270 endg., ABl. 2004, C 76.

Beide Bereiche sind durch neue Formen der Regulierung und neue Governance-Strukturen gekennzeichnet, die in komplexen vertragsbasierten Marktaktivitäten zwischen einer Vielzahl an privaten Akteuren kombiniert mit staatlichen Eingriffen präsent sind (*contract governance*)⁴.

Das soziale Defizit im Europäischen Privatrecht wurde mittlerweile von sehr vielen Stimmen aus vielerlei Perspektiven einleuchtend beschrieben.⁵ Die „Entkopplung der sozialen von der wirtschaftlichen Verfassung“⁶ im EU-Recht und Europäischen Privatrecht ist zweifellos der falsche Weg. Sozialschutz im Sinne von Schutz schwächerer Marktteilnehmer über den Einsatz privatrechtlicher Instrumente muss integraler Bestandteil der Marktbeziehungen sein, das gilt für das Vertragsrecht ebenso wie für das Wettbewerbsrecht und die Daseinsvorsorge. Im Vertragsrecht sollte das Prinzip der Rücksichtnahme und Fairness (oder auch Prinzip der Solidarität) als ebenbürtiger Gegenspieler des Prinzips der Vertragsfreiheit betrachtet werden.⁷ Märkte sind immer „sozial eingebettet“⁸ oder wie es Ole Lando, der Doyen des europäi-

4 Florian Möslin, Contract Governance within Corporate Governance – Lessons from the global financial crisis, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1499610; Florian Möslin und Karl Riesenhuber, „Contract Governance – A Draft Re-search Agenda“, ERCL 2009, 248; Peter Vincent-Jones, „Contractual Governance: Institutional and Organizational Analysis“, OJLS 2000, 317; Peer Zumbansen, „The Law of Society: Governance through Contract“, Indiana Journal of Global Legal Studies 2007, 191; und die Beiträge in European Law Journal (ELJ) 2009, 155-276 (Sonderausgabe zu „Regulating Markets and Social Europe: New Governance in the EU“). Siehe auch Hugh Collins, Regulating Contract, Oxford 1999, 225 ff.; Oliver E. Williamson, „Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations“, Journal of Law and Economics 1979, 233.

5 Study Group on Social Justice in European Private Law, „Social Justice in European Contract Law: a Manifesto“, ELJ 2004, 653; Christian Joerges und Florian Rödl, „Von der Entformalisierung europäischer Politik und dem Formalismus europäischer Rechtsprechung im Umgang mit dem ‚sozialen Defizit‘ des Integrationsprojekts“, ZERP-Diskussionspapier 2/2008; Fritz W. Scharpf, „The European Social Model: Coping with the Challenges of Diversity“, Journal of Common Market Studies 2002, 645-670; Hannes Rösler, „Protection of the Weaker Party in European Contract Law: Standardized and Individual Inferiority in Multi-level Private Law“, ERPL 2010, 729, 750 ff.; Martijn W. Hesselink, „European Contract Law: A Matter of Consumer Protection, Citizenship, or Justice“, ERPL 2007, 323.

6 Joerges/Rödl (Fn. 5), 22.

7 Brigitta Lurger, Grundfragen der Vereinheitlichung des Vertragsrechts in der Europäischen Union, Wien 2001, 376 ff.; Brigitta Lurger, „Das vertragsrechtliche Prinzip der Rücksichtnahme und Fairness zwischen Sozial- und Wirtschaftspolitik und privatrechtlichem Interessenausgleich“, in: Peer, Gundula/Faber, Wolfgang et al. (Hg.), Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2003. Die soziale Dimension des Zivilrechts, Stuttgart 2004, 9, 18; Brigitta Lurger, „The ‘Social Side’ of Contract Law and the new Principle of Regard and Fairness“, in: Hartkamp Arthur S./Hesselink, Martijn W. et al. (Hg.), Towards a European Civil Code, 3. Aufl., Nijmegen 2004, 273, 286; Brigitta Lurger, „Die Europäisierung des Vertragsrechts aus vertragstheoretischer und verfassungsrechtlicher Perspektive“, in: Kopetz, Hedwig/Marko, Josef/Poier, Klaus (Hg.), Soziokultureller Wandel im Verfassungsstaat, Wien 2004, 305, 315; Brigitta Lurger, „The Future of European Contract Law between Freedom of Contract, Social Justice, and Market Rationality“, ERCL 2005, 442.

8 Karl Polanyi, The Great Transformation: The Political and Economic Origins of Our Time (1944), Boston 1992, 45-58 und 71-80.

schen Vertragsrechts⁹ ausgedrückt hat:

„[...] societies, which build on a market economy combined with solidarity, fairness and loyalty, fare better than those where the law of the jungle governs. Strong ethical standards establish trust, and trust enhances trade and production. Solidarity and fairness not only further people's economy but also their feeling of security and peace of mind.“¹⁰

Dennoch zeigen aktuelle EuGH-Entscheidungen¹¹ und aktuelle Projekte der EU-Kommission auf dem Gebiet des europäischen Vertragsrechts, dass die alte Auffassung, dass Soziales sich nicht nur der freiheitlich-wirtschaftlichen Verfassung unterordnen und vor ihr rechtfertigen müsse, sondern auch als zu politisch aus dem binnenmarkt-funktional, wirtschaftlich argumentierten zukünftigen europäischen Vertragsrecht¹² möglichst fernzuhalten ist, noch lange nicht überwunden ist. Der Mangel oder das Schwächeln eines europäischen Sozialmodells verlangt sicherlich nach mehr Respekt der EU vor den nationalen Sozialmodellen anstelle des Ausspiels und der Unterordnung des Sozialschutzes der Mitgliedstaaten unter die Marktfreiheiten. Aber gibt es vielleicht zusätzlich auch ein europäisches Sozialmodell – irgendwo versteckt oder in *statu nascendi*, das man für die Weiterentwicklung des europäischen Verbraucherschutzrechts nutzbar machen könnte?

B. Regulierungsrecht als neue Erscheinung im EU-Privatrecht

Bereits die Verbraucherschutzrichtlinien der EU im Bereich des Vertragsrechts enthalten „Regulierungsprivatrecht“ im weiteren Sinne, da sie staatlich zwingend vorgeben, was Inhalt eines Verbrauchervertrages oder vorvertraglicher Beziehungen sein muss und was nicht Inhalt sein darf. Eine noch weitaus

9 Siehe die von der sog. „Lando-Kommission“ ausgearbeiteten Principles of European Contract Law (PECL): Lando, Ole/Beale, Hugh (Hg.), Principles of European Contract Law – Parts I and II combined and revised, Den Haag 2000; Lando, Ole/Clive, Eric/Prüm, André/Zimmermann, Reinhard (Hg.), Principles of European Contract Law – Part III, Den Haag 2003.

10 Ole Lando, „The Structure and Legal Values of the Common Frame of Reference (CFR)“, ERCL 2007, 245, 251.

11 Schmid, Instrumentalisierung (Fn. 1), 346 ff.; EuGH Rs. C-438/05, *ITF (Viking Line)*, U. v. 11.12.2007, Slg. 2007, I-10779; EuGH Rs. C-341/05, *Laval*, U. v. 18.12.2007, Slg. 2007, I-11767; EuGH Rs. C-346/06, *Rüffert*, U. v. 3.4.2008, Slg. 2008, I-1989.

12 Siehe dazu insbesondere das Grünbuch der Kommission „Optionen für die Einführung eines Europäischen Vertragsrechts für Verbraucher und Unternehmen“ vom 1.7.2010, KOM(2010)348 endg. und von Bar, Christian/Clive, Eric et al. (Hg.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR) Full Edition, München 2009, in sechs Bänden (6563 Seiten).

komplexere Ausformung hat die staatliche Regulierung im Privatrecht jedoch in jenen Märkten erfahren, die verstärkt im öffentlichen Interesse stehen, die früher überwiegend durch staatliche Monopole bedient und danach durch die EU privatisiert und dereguliert wurden: in den Bereichen Energie- und Wasserversorgung, Telekommunikation, öffentlicher Verkehr und Ähnlichem. Ein kompliziertes Geflecht an öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Normen, die das Dreiecksverhältnis zwischen Kunde, Versorger und Staat gestalten, verlangt nach neuen dogmatischen Kategorien und wissenschaftlichen Methoden zur Ermöglichung einer erfolgreichen Analyse und Verbesserung.¹³

Zu Recht wurde in der Literatur bemängelt, dass die EU-Kommission in ihrem Vertragsrechtsprojekt (CoPECL, Common Frame of Reference, Optional Instrument),¹⁴ aber auch in bestehenden EU-Richtlinien, jene überwiegend langfristigen Vertragsbeziehungen von Verbrauchern, Kunden oder EU-Bürgern links liegen lässt, die für diese tatsächlich von grundlegender sozialer Bedeutung sind: wie Arbeitsverträge und Mietverträge, teilweise auch Verbraucher kreditverträge.¹⁵ Zu den langfristigen Verträgen mit grundlegender sozialer Bedeutung könnte man auch Verträge zur (zunehmend privatisierten) Altersvorsorge und zur Heimunterbringung, die Daseinsvorsorgeverträge (Energie, Telekommunikation, Wasser etc.) sowie manche Finanzdienstleis-

13 Hans-W. Micklitz, „Europäisches Regulierungsprivatrecht: Plädoyer für ein neues Denken“, GPR 2009, 254 und GPR 2010, 2; Hans-W. Micklitz, „Universal Services: Nucleus for a Social European Private Law“, EUI Working Papers LAW 2009/12; Hans-W. Micklitz, „The Visible Hand of European Regulatory Private Law: The Transformation of European Private Law from Autonomy to Functionalism in Competition and Regulation“, EUI Working Papers LAW 2008/14; Giuseppe Bellantuono, „The Limits of Contract Law in the Regulatory State“, ERCL 2010, 115; Iris Houben, „Public Service Obligations: Moral Counterbalance of Technical Liberalization Legislation?“, ERPL 2008, 7; Mark Freedland, „The Marketization of Public Services“, in: Crouch, Colin/Eder, Klaus/Tambini, Damian (Hg.), *Citizenship, Markets, and the State*, Oxford 2001, 90; Peter Rott, „A New Social Contract Law for Public Services? – Consequences from Regulation of Services of General Economic Interest in the EC“, ERCL 2005, 323; Peter Rott, „Consumers and services of general interest: Is EC consumer law the future?“, J Consum Policy 2007, 49; Francis McGowan, „State Monopoly Liberalization and the Consumer“, in: Geradin, Damien (Hg.), *The Liberalization of State Monopolies in the European Union and Beyond*, Den Haag 2000, 207.

14 Die Kommission unterstützte die Erstellung des DCFR in den Jahren 2005 bis 2009 mit erheblichen finanziellen Mitteln im Rahmen des „Network of Excellence CoPECL“ (Common Principles of European Contract Law) im 6. Rahmenprogramm für Forschung und technologische Entwicklung (Decision No 1513/2002/EC, OJ L 232, 29.8.2002, 1). Siehe Somma, Alessandro (Hg.), *The Politics of the Draft Common Frame of Reference*, Den Haag 2009.

15 Luca Nogler, „Why do Labour Lawyers Ignore the Question of Social Justice in European Contract Law?“, ELJ 2008, 483, 498; Udo Reifner, „Comment to Luca Nogler: Social Contract Law through Labour Law?“, ELJ 2008, 500 ff.; Luca Nogler und Udo Reifner, „Lifetime Contracts – Rediscovering the Social Dimension of the Sales Contract Model“, *Jubilee Thomas Wilhelmsson, Juridiska Föreningen i Finland (JFT) Vol 3/4 2009*, 437; Luca Nogler und Udo Reifner, „Social contracts in the light of the Draft Common Frame of Reference for a future EU Contract Law“, I Working Papers, Università degli Studi di Catania, 2010, <http://aei.pitt.edu/13707/01/nogler-reifner_n80-2010int.pdf>.

tungen zählen.¹⁶

In allen diesen Bereichen zeigt sich eine Verbreiterung des Spektrums an Funktionen, die das Vertragsrecht erfüllen soll: Nicht mehr nur die Interessen der beiden Parteien spielen eine Rolle (interne Dimension), sondern der gesamte Markt, in den die Transaktion eingebettet ist. Äußere Faktoren der Wettbewerbsdynamik oder der Notwendigkeit zu effizienzsteigernden oder umverteilenden Interventionen sind zu berücksichtigen (externe Dimension). Im Rahmen der regulatorischen Aufgabe des Staates, die Volkswirtschaft zu managen (*regulatory capitalism*), werden nicht nur Instrumente des Öffentlichen Rechts eingesetzt, sondern es wird auch das Privatrecht in die Pflicht genommen. Die Grenze zwischen öffentlichem und privatem Recht verschwimmt. Die Ziele der regulatorischen Interventionen sind: die Förderung des Wettbewerbs, die Sicherung der Fairness des Wettbewerbs und der Schutz schwächerer Parteien.

Es entsteht ein Spannungsverhältnis zwischen dem traditionellen allgemeinen Vertragsrecht und dem speziellen Regulierungsprivatrecht: Ersteres kann die konfligierenden Perspektiven der Regulierung und der Vertragsfreiheit nicht miteinander versöhnen. Das traditionelle Vertragsrecht (und damit zukünftig auch das allgemeine Vertragsrecht eines [D]CFR oder Optionalen Instruments) verlier/t/en daher in der Praxis an Bedeutung und wird/werden gegenüber dem Spezialregulierungsrecht an den Rand gedrängt.

Die Aufgabe eines modernisierten allgemeinen Vertragsrechts könnte es sein, den regulatorischen Eingriff zugunsten des Wettbewerbs oder des Sozialschutzes gegenüber dem Prinzip der Vertragsfreiheit abzuwägen und ihm im Hinblick auf diese Grenzen zu setzen. Neue Regeln für die Governance von Vertragsbeziehungen sind nötig (*contract governance*). Die wettbewerbsfördernde Funktion des Vertragsrechts muss umfassend und nicht nur ausnahmsweise berücksichtigt werden, ebenso wie der Schutz schwächerer Parteien (soziale Funktion). Die externe Dimension des Vertragsrechts muss integriert werden. Traditionelles Vertragsrecht, sektor-spezifisches Regulierungsrecht und Wettbewerbsrecht müssen ineinander greifen. Das materialisierte Vertragsrecht verfolgt verschiedene Ziele – funktionierender Wettbewerb und Vertragsfreiheit, soziale Ausgewogenheit und Schutz der schwachen Marktteilnehmer, Steuerung externer Effekte – Ziele, die zueinander in Beziehung gesetzt und gegeneinander abgewogen werden müssen.

16 Brigitta Lurger, „Old and New Insights for the Protection of Consumers in European Private Law in the Wake of the Global Economic Crisis“, in: Brownsword, Roger/Micklitz, Hans-W./Niglia, Leone/Weatherill, Steve (Hg.), *The Foundations of European Private Law*, Oxford 2010, chapter 3.2.4. (in print).

C. Zwei Verbraucherleitbilder und zwei Sozialschutzmodelle im EU-Recht

1. *Der grenzüberschreitende Verbraucher-Käufer – the cross-border consumer shopper*

Im Bereich der EU-Verbraucher-Richtlinien und im [D]CFR fungiert der informierte verständige Durchschnittsverbraucher als Leitbild: Im Zuge der fortschreitenden Maximalharmonisierung¹⁷ soll er sogar noch verständiger und informierter werden. Maximalharmonisierung findet sich derzeit in der Richtlinie über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen,¹⁸ der neuen Verbraucherkredit-Richtlinie,¹⁹ der neuen Timesharing-Richtlinie,²⁰ der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken²¹ und im Vorschlag der Kommission vom 8. Oktober 2008 betreffend eine Richtlinie über Verbraucherrechte²², welche die vier älteren Haustürgeschäfts-,²³ Fernabsatz-,²⁴ Klausel-²⁵ und Verbrauchsgüterkauf-Richtlinien²⁶ zusammenfassen und anpassen soll²⁷. Der EU geht es offenbar in erster

17 Hans-W. Micklitz und Norbert Reich, „Crónica de una muerte anunciada: The Commission Proposal for a ‘Directive on Consumer Rights’“, CMLR 46 (2009) 471, 481 ff.; Beate Gsell und Hans Marti Schellhase, „Vollharmonisiertes Verbraucherkreditrecht – ein Vorbild für die weitere europäische Angleichung des Verbrauchervertragsrechts?“, JZ 2009, 20; Vanessa Mak, „Review of the Consumer Acquis: Towards Maximum Harmonization?“, ERPL 2009, 55; Norbert Reich, „Von der Minimal- zur Voll- zur ‚Halbharmonisierung‘“, ZEuP 2010, 7.

18 Richtlinie 2002/65/EG vom 23.9.2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der Richtlinien 97/7/EG und 98/27/EG, AB1 2002 L 271, 16.

19 Richtlinie 2008/48/EG vom 23.4.2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG, AB1 2008 L 133, 66.

20 Richtlinie 2008/122/EG vom 14.1.2009 über den Schutz der Verbraucher im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Teilzeitnutzungsverträgen, Verträgen über langfristige Urlaubsprodukte sowie Wiederverkaufs- und Tauschverträgen, AB1 2009 L 33, 10.

21 Richtlinie 2005/29/EG vom 11.5.2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 (‘Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken’), AB1 2005 L 149, 22.

22 KOM(2008) 614 endg.

23 Richtlinie 85/577/EWG vom 20.12.1985 betreffend den Verbraucherschutz im Fall von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, AB1 1985 L 372, 31.

24 Richtlinie 97/7/EG vom 20.5.1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, AB1 1997 L 144, 19.

25 Richtlinie 93/13/EWG vom 5.4.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, AB1 1993 L 95, 29.

26 Richtlinie 1999/44/EG vom 25.5.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verkaufsgüter, AB1 1999 L 171, 12.

27 Zum Richtlinienvorschlag KOM(2008) 614 siehe den Entwurf eines Berichts des Berichtstatters Andreas Schwab im IMCO-Ausschuss des Europäischen Parlaments vom 31.5.2010, 2008/0196(COD), der sich kritisch gegen den Maximalharmonisierungsansatz wendet.

Linie um den/die informations- und konsumfreudigen Verbraucher/in, der/die sein/ihr Geld auch grenzüberschreitend ausgeben und damit den Wettbewerb auf dem Binnenmarkt ankurbeln kann. Bei solch marktfördernder Tätigkeit soll er/sie vom EU-Recht unterstützt und geschützt werden.

Dieses Verbrauchermodell liegt auch den vielfältigen Aktivitäten und Publikationen der im Auftrag der Kommission tätig gewesenen Acquis-Gruppe (European Research Group on Existing EC Private Law) und der Study Group on a European Civil Code (SGECC) zugrunde. Diese beiden Gruppen haben im Rahmen eines groß angelegten EU-Forschungsprojekts namens „CoPECL“ (Common Principles of European Contract Law) den Text von europäischen Regeln mit Kommentaren und rechtsvergleichenden Notes für beinahe das gesamte zivilrechtliche „Vermögensrecht“ im Stil kontinentaleuropäischer Zivilrechtskodifikationen erarbeitet und unter dem seltsamen Namen „Draft Common Frame of Reference“ (DCFR), also auf deutsch „Entwurf eines Gemeinsamen Referenzrahmens“, veröffentlicht.²⁸ Derzeit berät eine von der Kommission eingesetzte Expertengruppe, die zum ganz überwiegenden Teil aus ehemaligen Mitgliedern und Leitern der Acquis-Gruppe und der SGECC besteht, die zuständigen Beamten der Generaldirektion Justiz. Das am 1.7.2010 veröffentlichte Grünbuch der Kommission „Optionen für die Einführung eines Europäischen Vertragsrechts für Verbraucher und Unternehmen“²⁹ bestätigt den Verdacht, dass die Kommission ein sog. „Optionales Instrument“ beschlossen sehen will, das im Wesentlichen auf Normtexte des DCFR zurückgreift und von den Parteien eines Vertrages frei gewählt werden kann.

Das Grünbuch (S. 2 f.) will uns zu verstehen geben, dass die Verschiedenheit der nationalen Vertragsrechte schlecht sei, denn sie erzeuge zusätzliche Transaktionskosten und Rechtsunsicherheit für die Unternehmer, die grenzüberschreitend in der EU anbieten wollen und anbieten sollen, und führe zu einem Mangel an Vertrauen in den Binnenmarkt auf Verbraucherseite. Auch in der aktuellen „Digital Agenda for Europe“ gehe es um die Gewinnung nachhaltiger Vorteile aus einem digitalen Binnenmarkt durch die Beseitigung von rechtlicher Fragmentierung. Vollharmonisierung wie in den jüngeren Verbraucher-Richtlinien und dem Richtlinienvorschlag über Verbraucherrechte sei hierfür möglicherweise nicht genug. Auch das allgemeine Vertragsrecht müsse vereinheitlicht werden, zumindest als optionales 28. System.

28 von Bar, Christian/Clive, Eric et al. (Hg.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law – Draft Common Frame of Reference (DCFR) Full Edition, München 2009, in sechs Bänden (6563 Seiten).

29 KOM(2010)348 endg.

2. *Der verwundbare Verbraucher – the vulnerable consumer*

Im EU-Recht der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse begegnet uns ein jüngerer und ganz anderes Verbraucherleitbild: der „verwundbare“ Verbraucher (*vulnerable consumer*). Besonders schwache und schutzbedürftige EU-Bürger finden auch in der Mitteilung der Kommission Europa 2020³⁰ Erwähnung: Dort ist von einer europäischen Plattform zur Bekämpfung der Armut und sozialen Ausgrenzung (S. 23), dem Schutz besonders gefährdeter Gruppen, wie Alleinerziehender, älterer Frauen, Minderheiten, Roma, Behinderten und Obdachlosen die Rede. Das Stockholm-Programm des Europäischen Rates 2010³¹ spricht unter dem Titel „ein Europa der Rechte“ davon, dass der europäische Rechtsraum die Verschiedenheit respektieren und die am meisten verwundbaren EU-Bürger schützen müsse. Dabei geht es um die Bekämpfung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit, die Rechte der Kinder, die Diskriminierung von Minderheiten wie der Roma und um Verbrechenopfer. Unter Punkt 4, dem „Europa, das schützt“ finden sich Ausführungen zum Datenschutz, der Kriminalitätsbekämpfung, der Kooperation in der Rechtsdurchsetzung, zu Migration und Asyl.

Nicht nur im Recht der Daseinsvorsorge sondern im gesamten Verbraucherrecht ist es an der Zeit, die Wirksamkeit traditioneller Schutzinstrumente zu überdenken und neue Instrumente zu entwickeln, um mit dem Schutz auch die wirklich schutzbedürftigen Gruppen unter den Verbrauchern zu erreichen, die vom Leitbild des informierten verständigen Durchschnittsverbrauchers und dem zentral informationsbasierten Modell des Verbraucherschutzes immer mehr oder weniger elegant beiseite geschoben werden: Eine empirisch-juristische Studie von *Ben-Shahar* und *Schneider*³² zeigt beispielsweise, dass in der Praxis Informationen und Informationspflichten noch weit weniger schützen als sich das die schlimmsten Skeptiker des Informationsmodells vorstellen konnten. Daher sollten Beratung, die Dokumentation der Zufriedenheit oder Unzufriedenheit anderer in verlässlichen Ratings und Ähnliches die Informationsvorschriften ersetzen. Das hilft verletzlichen und weniger schutzbedürftigen Verbrauchern und Kunden gleichermaßen. Denn der/die reale Kon-

30 Eine Strategie für ein intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum, KOM(2010) 2020 endg. (3.3.2010).

31 An open and secure Europe serving and protecting citizens, ABl. 4.5.2010, C 115/1: Punkt 2.

32 Omri Ben-Shahar, „The Myth of the ‘Opportunity to Read’ in Contract Law“, ERCL 2009, 1; Omri Ben-Shahar und Carl E. Schneider, „The Failure of Mandated Disclosure“, University of Michigan Legal Working Paper Series. Working Paper 2010/9, <<http://law.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1119&context=umichlwps>>.

summent/in setzt mehr auf „Vertrauen“ als auf umfassende Information.³³ Er/sie handelt nicht im reinen Eigeninteresse, wie von traditionellen wirtschaftswissenschaftlichen Theorien angenommen, sondern besitzt auch einen Sinn für Fairness und Kooperation.³⁴ Vertrauen, beidseitige Fairness und Kooperation sind wichtige Faktoren, die die Transaktionskosten senken, weniger Informationen nötig machen und die Zufriedenheit mit den geschlossenen Verträgen insgesamt steigen lassen.

Weitere neue Schutzansätze finden sich im Bereich des Vertragsrechts der Daseinsvorsorge (Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse): Der private Dienstleister wird zur Erreichung von Zielen, die im öffentlichen Interesse stehen, vom Regulierungsrecht des Staates in Pflicht genommen. Er muss sogenannte öffentliche Dienstleistungspflichten (*public service obligations*) einhalten, die teilweise Eingang in seinen Vertrag mit dem Verbraucher finden: Zugänglichkeit und Verfügbarkeit, Kontinuität, Leistbarkeit, Solidarität, Universalität, Nachhaltigkeit, Rechenschaft, demokratische Kontrolle, Nicht-Diskriminierung und Gleichbehandlung.³⁵ Auch andere als privatrechtliche Instrumente werden zur Sicherung der Einhaltung dieser Pflichten eingesetzt.

D. Globale soziale Gerechtigkeit und europäisches Verbraucherschutzrecht

1. Was ist soziale Gerechtigkeit?

Was ist „soziale Gerechtigkeit“ angesichts der Weltwirtschaftskrise, der ökologischen Probleme und der „Globalisierung“?³⁶ „Sozial“ ist es, die Lebensbedingungen der Arbeitnehmer und anderer Nicht-Vermögender zu verbessern. „Sozial“ ist was den *Einzelnen* in die Lage versetzt, sich ihren/seinen Interessen und Fähigkeiten gemäß zu entwickeln.³⁷ Diese Definition steht im Gegen-

33 Erich Kirchler, „Vertrauen in der Wirtschaft: Regeln und Kontrollen oder Verhaltensprinzipien und Kooperation?“, Österreichisches Bank-Archiv (ÖBA) 2009, 776.

34 Gary Low, „The (Ir)Relevance of Harmonization and Legal Diversity to European Contract Law: A Perspective from Psychology“, ERPL 2010, 285, 294 ff.

35 Draft European Framework to Guarantee and Develop Services of General Economic Interest, Annex to the Resolution Towards a framework directive on services of general (economic) interest 6-7-/06/2006, p 3 (fundamental principles taken into account by service providers); Iris Houben, „Public Service Obligations: Moral Counterbalance of Technical Liberalization Legislation?“, ERPL 2008, 7, 11 ff.

36 Ulrich Brand, „Sozialdemokratische Politik in Zeiten der Krise“, Zukunft 04/2010, 34.

37 Brand (Fn. 36), 37.

satz zur Auffassung, dass alles sozial sei, was der *Allgemeinheit* wirtschaftlich diene, also jede Stärkung des Wirtschaftsstandortes und Ähnliches – unabhängig von den Lebensverhältnissen des Einzelnen und der Verteilung des Reichtums. Soziale Gerechtigkeit ist eben kein Nebenprodukt von „funktionierendem“ Wettbewerb (marktfunktionaler Ansatz des europäischen Verbrauchervertragsrechts) und Wirtschaftswachstum. Und wie wir gesehen haben, kann der angeblich funktionierende Wettbewerb auch als Kontrahent der sozialen Gerechtigkeit ausgespielt werden: Mit seinen Entscheidungen in den Rs *Viking*, *Laval* und *Rüffert* unterstützt der EuGH den Wettbewerb der unterschiedlichen Lohn- und Sozialniveaus.

Wir sollten uns im Lichte der multiplen Krise auch fragen, in welchen Bereichen die kapitalistische Logik, das Prinzip des freien Marktes und der EU-Binnenmarkt wirken und in welchen sie nicht wirken sollten. Was wir zum Leben benötigen, und insbesondere für ein gutes Leben, wird nicht sämtlich in der kapitalistischen Ökonomie produziert. Um den Schutz, den Ausbau, die Entwicklung dieser anderen Bereiche muss sich die soziale Politik auch innerhalb des Europäischen Privatrechts vermehrt kümmern. Es handelt sich dabei um zentrale Zukunftsfragen.

Zu Recht wurde konstatiert, dass soziale Parteien und Parteiprogramme in der „Falle des Nationalstaats“ saßen.³⁸ Derzeit erfordert es aber nicht bloß nationale, sondern transnationale Politik, um das „Soziale“ zu verteidigen. Die in vielen EU-Mitgliedstaaten in den letzten Jahren bzw. Jahrzehnten zu beobachtende Schwächung der Rechte der Arbeitnehmer und ihrer Interessenvertretungen steht selbstverständlich in vielfältigem Zusammenhang mit globalen Wirtschaftsentwicklungen. Der globale Wettbewerbsdruck lässt die Kompromissbereitschaft der Wirtschaft und Vermögensbesitzer sinken, was auch von der Politik der Mitgliedstaaten – mitunter sogar von Sozialdemokraten – unterstützt wurde. Dass es in der Weltwirtschaftskrise plötzlich im Interesse der Wirtschaft stand, dass der Staat mehr Aufgaben übernimmt und massiv korrigierend in die Marktwirtschaft eingreift, hat bedauerlicher Weise nicht zu einem Durchbruch sozialer Ideen oder einer Re-Orientierung in Wirtschaftsrecht oder -politik geführt.

Eine Analyse unserer derzeitigen Produktions- und Lebensweise fördert auch eine enge Verbindung sozialer Fragen und ökologischer Fragen zu Tage: Lebensqualität, Zugang zu guten Lebensmitteln und Wohnraum, zu öffentlichem Transport und die Gestaltung lebenswerter Städte haben sowohl soziale als auch umweltpolitische Implikationen. Die Demokratisierung der Gesellschaft in allen Bereichen insbesondere in Lern-Lehrverhältnissen und eine in

38 Brand (Fn. 36), 35.

Zukunft notwendig werdende Verkürzung der Arbeitszeit werden auch zu einem Umbau in der Gesellschaft führen: Eine Änderung der Geschlechterverhältnisse ist zu erwarten, jedem Arbeitnehmer/in bzw. Bürger/in bleibt mehr Zeit für Familienarbeit, gesellschaftliche Gestaltung und eigene Entwicklung.

2. *Externe Dimension und Prinzipienvielfalt im Vertragsrecht*

Welche Konsequenzen könnte das Erkennen der globalen oder transnationalen Dimension sozialer Politik und sozialer Gerechtigkeit für das Marktrecht und insbesondere das Verbraucherschutzrecht haben? Es gibt derzeit kein globales oder transnationales Verbraucherschutzrecht, lediglich das Verbraucherschutzrecht der EU und jenes der einzelnen Nationalstaaten. Wie könnten diese auf die globalen Zusammenhänge reagieren?

Ausgangspunkt vertragsrechtlicher Analyse muss die *interne Dimension* jedes Vertrages sein. Der Vertrag ist in erster Linie ein Beziehungsgeflecht zwischen den Vertragsparteien und wirkt gestaltend auf deren Lebens- und Rechtssituation ein (= Relativität des Vertrages). Die staatlichen Regeln für diese interne Dimension des Vertrages werden im Wesentlichen von zwei Prinzipien geprägt: der Vertragsfreiheit und dem Prinzip der Rücksichtnahme und Fairness gegenüber dem anderen (schwächeren) Vertragspartner.

Zu dieser traditionellen internen Betrachtungsweise sollte aber auch eine Berücksichtigung *externer Faktoren* treten:

- Es besteht eine Wechselwirkung zwischen Vertragsabschlüssen und dem Funktionieren und der Fairness des Wettbewerbs. In großer Zahl abgeschlossene Verträge bestimmten Typs können zu einer Gefährdung des Wettbewerbs führen: Die Zertifikat- und Derivatgeschäfte, die als Blasen über dem maroden US-amerikanischen Immobilienmarkt aufgebaut wurden, bilden nur ein besonders spektakuläres Beispiel hierfür. Im Grund hat jedes „Massengeschäft“, d.h. ein in größerer Zahl unter bestimmten Umständen abgeschlossener bzw. abgewickelter Vertrag, positive oder negative Auswirkungen auf das Funktionieren und die Fairness des Wettbewerbs.
- „Soziale Gerechtigkeit“ in Vertragsbeziehungen (Solidarität oder Rücksichtnahme und Fairness) konstituiert sich nicht nur im Hinblick auf die Interessen der anderen (schwächeren) Vertragspartei (interne Dimension), sondern auch im Hinblick auf die Interessen Dritter (externe Dimension): Verbraucherverträge sind meist nur das Ende einer längeren Kette von Verträgen mit anderen Personen, die an der Erstellung einer Dienstleistung oder Produktion einer Ware und deren Vertrieb beteiligt sind. Damit hat der Umstand, dass eine Ware oder Dienstleistung zu bestimmten Konditionen vom Verbraucher konsumiert wird (mittels Vertrages), auch

mittelbare Auswirkungen auf die Arbeitnehmer/innen in der Produktion in Drittländern (z.B. Kinderarbeit, gesundheitsschädliche Arbeitsbedingungen, Arbeitszeit, Arbeitslöhne), auf den Umweltschutz in Produktion und Vertrieb, auf die Organisation, die Wertschöpfung und die Entscheidungen in den beteiligten Unternehmen.

Soziale Gerechtigkeit sollte also zum einen als „echte“ soziale Gerechtigkeit verstanden werden, die kein bloßes Nebenprodukt von Wirtschaftswachstum ist, und zugleich auch als *globale soziale Gerechtigkeit*: Die Finanzkrise 2008/2009 hat gezeigt, dass wir die weltwirtschaftlichen, d.h. die globalen Folgen unserer Märkte und Marktregeln bis in die Vertragsbeziehungen zurückverfolgen und berücksichtigen müssen (globale wirtschaftliche Vernetzungen). Das ist nicht nur für die Finanzmärkte eine wichtige Erkenntnis: Auch den globalen Folgen unseres Konsums im Bereich der Umwelt und der sozialen Lebensbedingungen der Menschen in nahen und fernen Ländern sollte in der Analyse vertragsrechtlicher Beziehungen Beachtung geschenkt werden (globale soziale und umweltpolitische Vernetzungen). Dem derzeit operierenden Modell des EU-weiten und des globalen Wettbewerbs der sozialen Standards, der zu einer Absenkung derselben führt, muss ein neues Modell des Sozialschutzes und der sozialen Gerechtigkeit entgegengesetzt werden, das ebenso global denken und operieren kann.

Die Integration der externen Perspektive der globalen sozialen Gerechtigkeit in Verbraucherverträge könnte im Modell des Rechts der Produktsicherheit einen ersten Ansatzpunkt finden:

Über die Gefährlichkeit eines Produkts oder einer Dienstleistung muss (zumindest) informiert werden. Bei starker Gefährdungslage muss das Produkt aus Sicherheitsgründen ganz vom Markt genommen werden, was vom Öffentlichen Recht zu veranlassen und zu überwachen ist. Verträge über solche Produkte sind entweder nichtig oder die Lieferung konstituiert eine Vertragsverletzung des Anbieters. Der Anbieter ist schadenersatzpflichtig.

Das muss nicht nur für die Gefährlichkeit für die Gesundheit oder die Vermögensinteressen des/r Verbrauchers/in oder Kunden/in gelten, sondern auch dann, wenn Umweltschutz, Menschenrechte, Arbeitnehmerrechte an dritter Stelle bedroht sind. Umgekehrt kann mit der Gefahrlosigkeit eines Produkts für Umwelt, Menschenrechte und Arbeitsbedingungen auch geworben werden: Z.B. die Anbieter von Fair-Trade-Produkten nutzen die positiven externen Wirkungen ihrer Produkte in meist globalem Zusammenhang als Verkaufsargument und Vertriebsstrategie. In diesem Zusammenhang eröffnet sich ein weites Feld an Innovationsmöglichkeiten: in den Bereichen der Selbstregulierung, der Schaffung neuer institutioneller Arrangements und neuer gesetzlicher Schutzinstrumente. Die staatliche Regulierung von Verträgen und Verbrau-

chermärkten sollte in Zukunft nicht nur wettbewerbs- und binnenmarktfreundlich, sondern auch sozial- und umweltfreundlich sein. Neben der Marktfunktionalität ist auch die Sozial- und Umweltfunktionalität zu beachten.

Auch im geltenden Recht gibt es bereits Ansätze des regulatorisch funktionalen Einsatzes traditioneller Rechtsinstrumente, die verhaltenssteuernd auf einzelne Gruppen von Marktteilnehmern einwirken sollen, um damit die Qualität des Wettbewerbs oder den Schutz Schwächerer zu verstärken: so etwa die Einklagbarkeit von Gewinnzusagen in § 661a deutsches BGB und § 5j österreichisches KSchG; die Pflicht des Schädigers zur Zahlung ideeller Schäden oder von Strafschadenersatz (*punitive damages*); die Sanktionierung der Verletzung von EU-Verbraucherschutz-Richtlinien mit nationalen zivilrechtlichen Instituten wie Vertragsnichtigkeit, Irrtumsanfechtung und allgemeinem Schadenersatzrecht. Zusätzlich dazu könnten auch neue Regelungsansätze und Rechtsinstrumente entwickelt werden.

E. Schlussfolgerungen

1. Veränderung der wissenschaftlichen Methoden

An der oben skizzierten aktuellen Entwicklung des Regulierungsprivatrechts im Allgemeinen sowie des Verbraucherschutzrechts im Besonderen wird klar, dass die Grenzen zwischen der rechtlichen Normierung zugunsten öffentlicher Interessen auf der einen und privater oder Parteieninteressen auf der anderen Seite verschwimmen. Rechtsinstrumente des Öffentlichen ebenso wie des Privatrechts nehmen zunehmend auf beide Gruppen von Interessen Einfluss. Öffentliches und Privates verschränkt sich in der Marktrechtsordnung. Angesichts der Materialisierung des Privatrechts, die nicht nur aber auch unter dem Einfluss des EU-Rechts stark vorangetrieben wurde, verliert die Unterscheidung zwischen Privatrecht und Öffentlichem Recht daher stark an Bedeutung. Das ist auch zutreffend, wenn es um Fragen sozialer Orientierung oder sozialer Gerechtigkeit geht. Öffentliches und privates, EU- und nationales Recht arbeiten hier sozusagen Hand in Hand. Wissenschaftliche Untersuchungen werden daher in Zukunft innerhalb der Rechtswissenschaften bereichsübergreifend arbeiten müssen: Privatrechtler/innen werden auch im Öffentlichen Recht oder mit Öffentlichrechtlern/innen zusammen arbeiten müssen bzw. umgekehrt. Auch nationales und EU-Recht müssen selbstverständlich gemeinsam betrachtet werden.

Für Fragen der Rechtsentwicklung und der Bewertung von Rechtsregeln im Zusammenhang mit wirtschafts- und sozialpolitischen Fragestellungen besteht

weiter die Notwendigkeit interdisziplinärer Forschung: Dies kommt bereits im als „contract governance“ bezeichneten Forschungsansatz zum Ausdruck.³⁹ Die Vielzahl der institutionellen Arrangements und Faktoren, die Parteienverhalten im Zusammenhang mit Verträgen beeinflussen oder steuern, d.h. ökonomische, soziale, psychologische Aspekte, sollten bei der wissenschaftlichen Analyse von Marktrecht, d.h. nationalem und europäischem Öffentlichem und Privatrecht, Berücksichtigung finden. Damit gewinnen neuere Forschungsansätze aus benachbarten Disziplinen (Institutionenökonomie, *behavioral economics*, Glücksforschung etc.) auch für die Rechtswissenschaften an Bedeutung.

2. Stärkung des Sozialschutzes im EU-Recht durch das europäische Verbraucherrecht

Innerhalb des EU-Rechts realisiert sich also das Spannungsverhältnis von Marktwirtschaft und Sozialschutz, das bis dato in verschiedenen Arrangements und Rechtsstrukturen mündete, an deren Ausgewogenheit starke Zweifel angemeldet werden können. Marktfunktion und Marktfreiheiten standen bislang immer im Vordergrund und machten Sozialschutz zu einem unsicheren Kandidaten auf EU-Rechtsebene, der manchmal zum Zug kam, die anderen Male aber nicht.

Soziale Anliegen sind gegenüber den Märkten an unterschiedlichen Positionen angesiedelt. Da gibt es soziale und gesellschaftspolitische Ziele, die mit und über die Marktwirtschaft oder die Funktion freier Märkte gar nicht oder nicht in ausreichendem Umfang verwirklicht werden können. Hier muss das Soziale extra von außerhalb hinzugefügt und sichergestellt werden und den eigenen Regeln folgen (Sicherstellung hoher Lebensqualität durch eine Vielzahl von Umständen, z.B. Bildung, kulturelle Angebote, Partizipation, öffentliche Sicherheit, Sozialhilfe).

Andere soziale Anliegen sind hingegen integraler Bestandteil des Marktrechts, sie korrigieren das Prinzip der Vertragsfreiheit und arbeiten überwiegend mit traditionellen vertrags- und zivilrechtlichen Mitteln (z. B. der überwiegende Teil des Verbrauchervertragsrechts, das Lauterkeitsrecht). Dazu treten nun auch die neuen regulatorischen Arrangements im sog. „Regulierungsprivatrecht“. Die Verwirklichung eines hohen Maßes an Sozialschutz setzt andererseits einen gewissen Reichtum der Volkswirtschaft und damit ein zufriedenstellendes Funktionieren der Märkte voraus. Ein starkes BNP allein erzeugt nicht soziale Gerechtigkeit, es erhöht allerdings den Spielraum der Sozialpolitik und die Wirksamkeit rechtlicher Instrumente und Institutionen, die der Verwirklichung von Sozialschutz und sozialer Gerechtigkeit dienen.

³⁹ Siehe oben Abschnitt A.

Aufgrund der Verwobenheit von Markt und Sozialem kann insgesamt gefolgert werden, dass eine Aufspaltung von liberalem freiheits- und wettbewerbsorientierten Marktrecht, das – ohne Sozialschutz und europäischem Sozialmodell – überwiegend von der EU bestimmt wird, und sozial-orientiertem Marktrecht, das überwiegend den Mitgliedstaaten zugewiesen bleibt, auf Dauer wenig erfolgversprechend erscheint. Dieser Erkenntnis sollte sich auch das Europäische Privatrecht stellen. Ein europäisches Sozialmodell wird sicher nicht oder nicht allein aus dem europäischen Verbraucherschutzrecht heraus entstehen können. Es könnte aber auch in diesem Bereich des EU-Rechts eine Entwicklung angestoßen werden, die zur Ausbildung eines solchen Modells ihren Beitrag leistet.

Für das europäische Verbraucherschutzrecht bedeutet dies insbesondere

- die Notwendigkeit der Verbesserung der Schutzansätze, wie beispielsweise die Einbeziehung wirklich bedürftiger und verwundbarer Verbraucher (Stichwort: Dienstleistungen von allgemeinem [wirtschaftlichen] Interesse),
- den Einsatz wirksamerer Schutzinstrumente, deren Überlegenheit gegenüber bisherigen Instrumenten auch durch interdisziplinäre Studien erwiesen wurde (Stichwort: *contract governance*),
- die bessere Koordination von öffentlichen und privatrechtlichen Schutzinstrumenten und Regelungsansätzen (Stichwort: „Regulierungsprivatrecht“) und
- die Integration externer Schutzanliegen und Zusammenhänge in das Verbrauchervertragsrecht (Stichwort: globale soziale Gerechtigkeit).

Nationale und europäische Grundrechte im Europäischen Privatrecht: Ein Schutzschild gegen die Instrumentalisierung des Privatrechts?

Aurelia Colombi Ciacchi*

I. Einleitung

*Christoph Schmid*s opus magnum widmet sich in seinem ersten Teil den Transformationen des Privatrechts auf dem Weg in den demokratischen Verfassungsstaat mit den dabei beobachtbaren konzeptionellen Entwicklungen (der „Materialisierung“ des Formalrechts und dem „neoliberal-pluralen“ Paradigma) einerseits und der Instrumentalisierung des Privatrechts im Interesse der Marktintegration in der EU andererseits. Eine zentrale Rolle spielt dabei die Rechtsprechung des EuGH, die sich *Schmid* zufolge immer wieder in den Dienst der Marktintegration gestellt hat und dadurch die normative Qualität des im Nationalstaat demokratisch legitimierten Privatrechts aufs Spiel setzt.

Der folgende Beitrag wird dieser Kritik exemplarisch, nämlich am Beispiel der Rechtsprechung zur Bedeutung der Grundrechte für das Privatrecht nachgehen. Sehr intensiv setzt Christoph Schmid sich in seiner Habilitationsschrift¹ und anderswo² mit der Anerkennung der grundrechtlichen Qualifikation der Grundfreiheiten auseinander. Als drastischstes Beispiel gilt ihm die jüngere arbeitsrechtliche Rechtsprechung des EuGH, in der die Grundfreiheiten dem nationalen Arbeitsrecht vorgeordnet wurden und damit insbesondere die Ausübung des Streikrecht, also eines sozialen Grundrechts einschränkten.³ Diese viel, womöglich allzu viel diskutierten Probleme werde ich hier jedoch nicht

* Die Autorin dankt Christian Joerges für seine sehr hilfreichen Kommentare zu einer früheren Fassung dieses Beitrags.

1 Christoph Schmid, *Die Instrumentalisierung des Privatrechts durch die Europäische Union*, Baden-Baden 2010, 443 ff.

2 Siehe insbesondere Christoph Schmid, „Vom effet utile zum effet neoliberal. Eine Kritik des neuen judiziellen Expansionismus des Europäischen Gerichtshofs“, in: Fischer-Lescano, Andreas/Rödl, Florian/Schmid, Christoph (Hg.), *Europäische Gesellschaftsverfassung. Zur Konstitutionalisierung sozialer Demokratie in Europa*, Baden-Baden 2009; ferner, ders., „Judicial Governance in the European Union – The ECJ as a Constitutional and a Private Law Court“, in: Eriksen, Erik Oddvar/Joerges, Christian/Rödl, Florian (Hg.), *Law, Democracy and Solidarity in a Post-national Union*, London-New York 2008, 85-105.

3 EuGH Rs. C-438/05, *ITF (Viking Line)*, U. v. 11.12.2007, Slg. 2007, I-10779; EuGH Rs. C-341/05 *Laval*, U. v. 18.12.2007, Slg. 2007, I-11767; EuGH Rs. C-346/06, *Rüffert*, U. v. 3.4.2008, Slg. 2008, I-1989. Zu *Viking* und *Laval* siehe Christian Joerges und Florian Rödl, „Von der Entformalisierung europäischer Politik und dem Formalismus europäischer Rechtsprechung im Umgang mit dem ‚sozialen Defizit‘ des Integrationsprojekts“, ZERP-Diskussionspapier 2/2008. Zu *Rüffert* siehe Schmid (Fn. 1), 355 f.

aufgreifen. Mein Interesse gilt vielmehr dem Umstand, dass die Grundrechte Ende der Sechziger Jahre zum ersten Mal Einlass in das Europarecht fanden, eine Entwicklung, die – gewiss auch auf Vorhaltungen des Bundesverfassungsgerichts⁴ – wesentlich dem EuGH zu verdanken ist.⁵

Der EuGH hat dann im Laufe der Siebziger Jahre das Verständnis der europäischen Grundrechte als allgemeine Prinzipien des Gemeinschaftsrechts konsolidiert. Dabei verwies das Gericht auf zwei Quellen von Grundrechten: die gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten und die für die Mitgliedstaaten bindenden internationalen Konventionen zum Schutz der Menschenrechte.⁶ Diese Anerkennung der europäischen Grundrechte wurde dann 1992 in den EU-Vertrag von Maastricht und in den darauffolgenden Verträgen⁷ aufgenommen. Eine dritte Quelle europäischer Grundrechte kam zu Beginn des dritten Millenniums hinzu: die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, die 2000 in Nizza proklamiert⁸ und schließlich Ende Dezember 2009 zusammen mit dem EU-Vertrags von Lissabon in Kraft trat.⁹

Mir scheint nun, dass die zunehmende grundrechtliche Verankerung des Europarechts den von Christoph Schmid perhorreszierten Entwicklungen entgegenwirkt und sie zumindest eindämmen kann. Auf dem Papier jedenfalls – als *law in the books* – sieht der Grundrechtsschutz im Europarecht umfassender, detaillierter und teilweise fortschrittlicher aus als in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen. Das ist nun kein durchschlagender Einwand gegen Schmid's Instrumentalisierungssthese. Es ist schwerlich zu bestreiten, dass die Ergebnisse der richterlichen Anwendung, das *law in action*, vor allem die Wirtschaftsfreiheiten zur Geltung gebracht haben.¹⁰ Insofern darf man von einer Instrumentalisierung auch von Grundrechten zu Binnenmarktzwecken sprechen.¹¹

4 BVerfG 29.5.1974, BVerfGE 37, 271 (*Solange I*).

5 EuGH Rs. C-29/69 *Stauder*, U. v. 12.11.1969, Slg. 1969, 1-419.

6 EuGH Rs. C-4/73 *Nold*, U. v. 14.5.1974, Slg. 1974, 491:

7 Siehe Art. F Abs. 2 des EU-Vertrags von Maastricht (ABl. C 191 vom 29.7.1992) „Die Union achtet die Grundrechte, wie sie in der am 4. November 1950 in Rom unterzeichneten Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts ergeben.“ Diese Vorschrift ließ der Vertrag von Amsterdam (ABl. C 340 vom 10.11.1997) unverändert. Die gleiche Formulierung wurde dann in Art. 6 Abs. 2 des EU-Vertrags von Nizza (ABl. C 80 vom 10.3.2001) übernommen.

8 ABl. C 364/01 vom 18.12.2000.

9 ABl. C 306 vom 17.12.2007 (Lissabon-Vertrag); ABl. C 83 vom 30.3.2010 (konsolidierte Fassung des EU-Vertrags und des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union).

10 Vgl. Schmid (Fn. 1), 360 f. m.w.N.

11 Vgl. (freilich aus einem anderen Kontext) Jürgen Habermas, „Das Konzept der Menschenwürde und die realistische Utopie der Menschenrechte“, Deutsche Zeitschrift für Philosophie 2010, 343-357: „(E)ine

Die Instrumentalisierung der Grundrechte durch die EuGH-Rechtsprechung ist jedoch nicht das zentrale Thema des vorliegenden Beitrages. Dieser befasst sich eher mit einem anderen Aspekt: die rechtspolitische Orientierung der Horizontalwirkung europäischer Grundrechte in der Zivilrechtsprechung der Mitgliedstaaten. Zum Schluss soll die Frage erörtert werden, inwieweit diese rechtspolitische Orientierung einer Instrumentalisierung gleich kommt.

Mit Horizontalwirkung der Grundrechte ist hier die Auswirkung der Grundrechte auf Rechtsverhältnisse zwischen privaten Parteien gemeint. Die häufigste Form dieser Horizontalwirkung ist der Bezug auf Grundrechte in der Begründung zivilrechtlicher Urteile.¹²

Eine vergleichende Untersuchung der Horizontalwirkung der Grundrechte in der Literatur und Zivilrechtsprechung Deutschlands, Englands, Frankreichs, Italiens, der Niederlande, Polens, Portugals, Schwedens und Spaniens wurde 2010, fast gleichzeitig mit Christoph Schmidts Buch, veröffentlicht. Es handelt sich dabei um die Ergebnisse des ZERP-Projekts „Fundamental Rights and Private Law in the European Union“, das von Gert Brüggemeier, Giovanni Comandé und der Autorin dieses Beitrags koordiniert wurde.¹³

Dieser Beitrag wird einige Erkenntnisse, die seine Autorin aus dem oben genannten Grundrechte-Projekt gewonnen hat, zusammenfassen. Dabei wird versucht, diese Erkenntnisse unter dem Blickwinkel der Instrumentalisierung der Grundrechte im Europäischen Privatrecht und im Lichte von *Christoph Schmidts* Gedankengut auszuwerten.

II. Europäische Grundrechte in der horizontalen Anwendung durch mitgliedstaatliche Zivilgerichte

Der erste Schritt des Forschungsprojekts „Fundamental Rights and Private Law in the European Union“ war die Sammlung von zivilrechtlichen Entscheidungen von deutschen, englischen, französischen, italienischen, niederländischen, polnischen, portugiesischen, spanischen und schwedischen Gerichten,

Politik (...), die vorgibt, den Bürgern ein selbstbestimmtes Leben primär über die Gewährleistung von Wirtschaftsfreiheiten garantieren zu können, zerstört das Gleichgewicht zwischen den verschiedenen Kategorien von Grundrechten“.

- 12 Hierzu Aurelia Colombi Ciacchi, „Jenseits der ‚Drittwirkung‘: Grundrechte, Privatrecht und Judicial Governance in Europa“, in: Furrer, Andreas (Hg.), *Europäisches Privatrecht im wissenschaftlichen Diskurs*, Bern 2006, 231-248.
- 13 Brüggemeier, Gert/Colombi Ciacchi, Aurelia/Comandé, Giovanni (Hg.), *Fundamental Rights and Private Law in the European Union*, Vol. 1: A Comparative Overview; Vol. 2: Comparative Analyses of Selected Case Patterns, Cambridge 2010.

welche ihre Argumentationen (auch) auf Grundrechte basiert haben. Berücksichtigt wurden dabei sowohl die Fälle direkter Horizontalwirkung, in denen eine zivilrechtliche Rechtsfolge direkt auf einem Grundrecht gestützt wird, als auch die Fälle indirekter Horizontalwirkung, in denen eine zivilrechtliche Rechtsfolge einer grundrechtsbasierten Interpretation einer zivilrechtlichen Norm bzw. Doktrin hervorgeht.¹⁴

Diese Sammlung von Horizontalwirkungs-Urteilen wurde zuerst nach privatrechtlichen Themengebieten geordnet. Tragende Säule dieses thematischen Ordnungsmusters waren die vier Gebiete Vertragsrecht, Haftungsrecht, Familienrecht und Sachenrecht.¹⁵ Um die vergleichende Suche und Analyse zu erleichtern, wurde für jedes Urteil eine englischsprachige Zusammenfassung und eine Reihe von Ordnungstichworten erstellt. Eines dieser Stichworte war das Grundrecht oder die Grundrechte, auf die das jeweilige Urteil Bezug nahm.

Dies ermöglichte unter anderem, eine Reihe von Grundrechten hervorzuheben, die in der Zivilrechtsprechung von mehreren, wenn nicht von allen, der genannten neun Länder horizontal angewandt werden. Diese sind vor allem die folgenden fünf Grundrechte:

- (1) Recht auf Leben¹⁶
- (2) Recht auf Privatsphäre und auf freie Entfaltung der Persönlichkeit
- (3) Meinungs- und Informationsfreiheit
- (4) Eigentum und Besitz
- (5) Gleichbehandlung bzw. Diskriminierungsverbot.

Diese Grundrechte stellen zugleich Europäische Grundrechte dar, weil sie sowohl in der EMRK¹⁷ als auch in der Charta der Grundrechte¹⁸ eingebettet sind und zur gemeinsamen Verfassungstradition der Mitgliedstaaten gehören.

Die ersten vier der oben behandelten fünf Grundrechte (Leben, Privatsphä-

14 Gegenstand und Methodologie dieses Projekts werden von Gert Brüggemeier, Aurelia Colombi Ciacchi und Giovanni Comandé, „Introduction“, in: Brüggemeier, Gert/Colombi Ciacchi, Aurelia/Comandé, Giovanni (Hg.), *Fundamental Rights and Private Law in the European Union*, Vol. 1: A Comparative Overview, Cambridge 2010, 1-7 erläutert.

15 Zu den vier Säulen (pillars) contract, tort, property, family siehe Brüggemeier/Colombi Ciacchi/Comandé (Fn. 14), 4.

16 Dieses Grundrecht wird nur an erster Stelle erwähnt, weil es das hochrangigste ist. Es findet aber viel seltener Anwendung in privatrechtlichen Fällen als die anderen vier Grundrechte.

17 In der EMRK siehe Art. 2 (Recht auf Leben), Art. 8 (Recht auf Privat- und Familienleben), Art. 10 (Meinungs- und Informationsfreiheit), Art. 14 (Diskriminierungsverbot). Eigentum und Besitz sind in Art. 1 des 1. Protokolls zur EMKR geschützt.

18 In der Charta siehe Art. 2 (Recht auf Leben), Art. 7 (Achtung des Privat- und Familienlebens), Art. 11 (Freiheit der Meinungsäußerung und Informationsfreiheit), Art. 17 (Eigentumsrecht), Art. 21 (Nichtdiskriminierung).

re, Meinungsfreiheit, Eigentum) sind klassische Freiheitsrechte bzw. Menschenrechte erster Generation. Sie entsprechen an sich dem, was *Christoph Schmid* „liberales Paradigma“ nennt.¹⁹ Das fünfte Grundrecht, das Recht auf Gleichbehandlung, ist dagegen ein klassisches soziales Recht und entspricht an sich dem, was *Christoph Schmid* unter „materiales Paradigma“ versteht.²⁰

Wenn allerdings diese fünf Grundrechte horizontale Anwendung in der Zivilrechtsprechung finden, wird ihr Bezug zu den drei Paradigmata des Privatrechts – das liberale, das materiale und das prozedurale – deutlich komplexer. Zum einen zeigt sich in Fällen horizontaler Grundrechtswirkung oft das, was *Christoph Schmid* als Überschneidung der Rechtsparadigmata beschrieben hat.²¹ Zum anderen ist unübersehbar, dass ausgerechnet die liberalen, klassischen Freiheitsrechte oft durch die Zivilgerichte horizontal angewandt werden, um schwächere Parteien zu schützen bzw. eine Materialisierung des Privatrechts zu verwirklichen.²² Dies geschieht sogar im post-wohlfahrtsstaatlichen, neo-liberalen Vereinigten Königreich. So berief sich im Jahre 2004 der englische Court of Appeal auf die Besitzgarantie des Art. 1 des ersten Protokolls der EMRK (right to peaceful enjoyment of one's own possession), um einen Wohnraummieter vor der Kündigung durch seinen Vermieter zu schützen.²³

Es liegt nahe, dass die Horizontalwirkung der Grundrechte in der Zivilrechtsprechung der Mitgliedstaaten kein rechtspolitisch neutrales Phänomen darstellt. Dieser Punkt ist im folgenden Abschnitt näher zu erörtern.

III. Rechtspolitische Richtungen der Horizontalwirkung der Grundrechte

Versucht man, die verschiedenen rechtspolitischen Richtungen zu systematisieren, die aus den Konstellationen horizontaler Grundrechtswirkung in Deutschland, England, Frankreich, Italien, der Niederlande, Polen, Portugal, Schweden und Spanien auszustrahlen scheinen, erkennt man vor allem sechs Tendenzen:

19 Schmid (Fn. 1), 18 ff.

20 Schmid (Fn. 1), 25 ff.

21 Schmid (Fn. 1), 77 ff.

22 Hierzu ausführlicher Aurelia Colombi Ciacchi, „Social Rights, Human Dignity and European Contract Law“, in: Grundmann, Stefan (Hg.), *Constitutional Values and European Contract Law*, Alphen a.d. Rijn 2008, 149-160 m.w.N.; dies., „The Constitutionalisation of European Contract Law: Judicial Convergence and Social Justice“, *ERCL* 2006, 167-180, 175 ff. m.w.N.

23 *Shaws (EAL) Ltd v Walbert Pennycook* [2004] EWCA Civ 100, [2004] Ch 296; [2004] 2 All ER 665.

1. Schutz des Schwächeren im Vertragsrecht

Die erste Tendenz ist der Schutz schwächerer Parteien bzw. die Korrektur ungleicher Machtverhältnisse im Vertragsrecht. Die Gerichte greifen immer wieder auf Grundrechte zurück, um Interessen von Arbeitnehmern gegenüber Arbeitgebern, von kleinen Handelsvertretern gegenüber größeren Unternehmen, von Patienten gegenüber Ärzten und Krankenhäusern etc. stärker zur Geltung kommen zu lassen, als dies im Rahmen einer gewöhnlichen Anwendung des privatrechtlichen Instrumentariums möglich wäre.²⁴

Durch diese besondere Gewichtung der Belange schwächerer Parteien bei der richterlichen Abwägung der kollidierenden Interessen und Grundrechtspositionen wird versucht, strukturelle Ungleichheiten in der Verhandlungsmacht und in den sozioökonomischen Verhältnissen von Privatparteien zu kompensieren.²⁵ Dies entspricht zweifellos dem materialen Paradigma: Die sozial unbefriedigenden Folgen einer formalistischen Anwendung des Vertragsrechts werden durch neue, materiale Interpretationen korrigiert, welche die tatsächliche sozioökonomische Lage der Vertragsparteien berücksichtigen.

Zwar wäre es theoretisch möglich, diese neuen Interpretationen auch ohne Rückgriff auf Grundrechte durchzusetzen. Der Gebrauch einer Grundrechtsargumentation weist jedoch zwei entscheidende Vorteile auf. Erstens wird dadurch eine neue privatrechtliche Doktrin, die von einer konsolidierten Rechtsprechung abweicht, besser legitimiert und vor nicht grundrechtlich verankerten Gegenargumenten geschützt. Zweitens wird durch den Bezug auf Grundrechte verdeutlicht, dass in der bisherigen Handhabung kollidierender Grundrechtspositionen von Privatparteien durch Gesetzgebung und Rechtsprechung die Grundrechtsbelange einer Partei zu kurz gekommen waren, weswegen nun eine Korrektur notwendig sei.²⁶

24 Siehe Aurelia Colombi Ciacchi, „The Constitutionalisation of European Contract Law: Judicial Convergence and Social Justice“, ERCL 2006, 167-180, 175 ff. m.w.N.; Chiara Perfumi und Chantal Mak, „The impact of fundamental rights on the content of contracts: determining limits to freedom of contract in family and employment relations“, in: Brügge-meier, Gert/Colombi Ciacchi, Aurelia/Comandé, Giovanni (Hg.), *Fundamental Rights and Private Law in the European Union*, Vol. 2: *Comparative Analyses of Selected Case Patterns*, Cambridge, 2010, 33-75 m.w.N.; Maria Gagliardi und Anna Sukhova, *ibid.*, 76-108 m.w.N.

25 Vgl. Aurelia Colombi Ciacchi, „Concluding remarks“, in: Brügge-meier, Gert/Colombi Ciacchi, Aurelia/Comandé, Giovanni (Hg.), *Fundamental Rights and Private Law in the European Union*, Vol. 2: *Comparative Analyses of Selected Case Patterns*, Cambridge 2010, 421-437, 427.

26 Vgl. Aurelia Colombi Ciacchi, „Non-Legislative Harmonisation of Private Law under the European Constitution: The Case of Unfair Suretyships“, ERPL 2005, 285-308.

2. *Bekämpfung von Diskriminierungen*

Die zweite rechtspolitische Tendenz der Horizontalwirkung der Grundrechte ist der Abbau von Diskriminierungen. Seit dem Ende des 2. Weltkrieges bis heute hat der Rückgriff auf Grundrechte durch mitgliedstaatliche Gerichte in erheblichem Maße dazu gedient, Ungleichbehandlungen (etwa zwischen Mann und Frau,²⁷ zwischen Juden und Christen,²⁸ zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern,²⁹ zwischen Homosexuellen und Heterosexuellen³⁰) zu überwinden.

Einerseits kann man die Bekämpfung von Diskriminierungen in Privatrechtsverhältnissen als Materialisierung des Privatrechts ansehen:³¹ Das formalistische Verständnis von Freiheit und Gleichheit wird zumindest teilweise durch ein materiales Verständnis abgelöst, welches die tatsächlichen Unfreiheiten und Ungleichheiten der Menschen berücksichtigt und zu kompensieren versucht. Andererseits ist jedoch das Antidiskriminierungsrecht mit dem neoliberalen Marktliberalismus und mit einer nicht-solidarischen Gesellschaft völlig kompatibel, wie *Alexander Somek* überzeugend dargelegt hat.³²

3. *Ökonomische Aufwertung der Interessen der Person und soziale Gleichheit im Haftungsrecht*

Meistens dient die horizontale Anwendung der Grundrechte im Haftungsrecht

27 Hierzu schon Hans Carl Nipperdey, RdA 1950, 121-128 („Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung“). In der italienischen Rechtsprechung siehe z.B. Cass. 25. September 2002 Nr. 13942, Dir. e giust. 2002, 32 m. Anm. Grassi.

28 Vgl. in Frankreich Tribunal de la Seine 22. Januar 1947, D 1947, 126: Das Gericht hielt eine Testamentklausel, die Erbrechte für den Fall der Ehe zwischen dem Begünstigten und einer Person jüdischen Ursprungs ausschloss, für unwirksam wegen Verstoß gegen die öffentliche Ordnung (Art. 900 Code civil). Dabei wurde der Begriff der öffentlichen Ordnung im Lichte der französischen Verfassung von 1946 ausgelegt. Hierzu Christoph Herrmann und Chiara Perfumi, „France“, in: Brügge-meier, Gert/Colombi Ciacchi, Aurelia/Comandé, Giovanni (Hg.), *Fundamental Rights and Private Law in the European Union*, Vol. 1: A Comparative Overview, Cambridge 2010, 190-252, 218 f.

29 Siehe in Portugal Tribunal Constitucional Ac. TC 99/88, DR, II série, 22. August 1988. Hierzu Gisela Kern, „Portugal“, in: Brügge-meier, Gert/Colombi Ciacchi, Aurelia/Comandé, Giovanni (Hg.), *Fundamental Rights and Private Law in the European Union*, Vol. 1: A Comparative Overview, Cambridge 2010, 547-609, 577 f.

30 Z.B. bejahte das House of Lords in *Ghaidan v. Godin-Mendoza*, [2004] UKHL 30 ein Wohnrecht des Lebensgefährten eines Mannes nach dessen Todes, auf der Basis einer neuen Interpretation des Rent Act 1977 im Lichte der Art. 8, 14 EMRK. Hierzu Chiara Favilli und Nuno Ferreira, „Different legal treatment of married and unmarried couples in the European Union“, in: Brügge-meier, Gert/Colombi Ciacchi, Aurelia/Comandé, Giovanni (Hg.), *Fundamental Rights and Private Law in the European Union*, Vol. 2: Comparative Analyses of Selected Case Patterns, Cambridge 2010, 325-374, 349 f.

31 Zum materialen Privatrecht siehe Schmid (Fn. 1), 27 ff. m.w.N.

32 Juridikum 3/2008, 118-125.

dazu, die Ersatzfähigkeit von Personenschäden zu ermöglichen oder zu verbessern. Mit Personenschäden sind hier Beeinträchtigungen gemeint, die aus Körper-, Gesundheits- oder Persönlichkeitsverletzungen resultieren und keine Vermögensschäden im herkömmlichen Sinne darstellen.

Die schadensrechtlichen Folgen der Verletzung der Persönlichkeit (einschließlich Privatsphäre) bilden die häufigsten Konstellationen horizontaler Grundrechtswirkung im deutschen, englischen, französischen, italienischen, niederländischen, portugiesischen, polnischen, spanischen und schwedischen Haftungsrecht.³³ Damit wird den ökonomischen Wert von Persönlichkeitsinteressen, die im vorkonstitutionellen Haftungsrecht nicht oder nur sehr begrenzt ersatzfähig waren, zunehmend anerkannt.

Weitere Schäden, die auf dem Wege der Horizontalwirkung der Grundrechte eine größere rechtliche Relevanz gefunden haben, sind die aus einer Körper- oder Gesundheitsverletzung resultierenden Nichtvermögensschäden. In Deutschland führte dies jedoch nur in extrem seltenen Fällen zu einer Haftungserweiterung: Der Rückgriff auf den verfassungsrechtlichen Schutz der Persönlichkeit ermöglichte etwa die Gewährung von Schmerzensgeld auch an Menschen, die infolge der unerlaubten Handlung (wegen schwerer Schädigung des Nervensystems) keine Schmerzen mehr fühlen können.³⁴

Viel weiter reichten die Auswirkungen dieser Tendenz in Italien. Hier sind zwei Revolutionen des Haftungsrechts der Horizontalwirkung der Grundrechte zu verdanken. Die erste besteht in der Anerkennung der Ersatzfähigkeit von Körper- und Gesundheitsschäden per se, völlig unabhängig vom Vorliegen eines Vermögensschadens.³⁵ Diesen Grundsatz ließ die italienische Corte costituzionale im Jahre 1986 von der verfassungsrechtlichen Verankerung des Grundrechts auf Gesundheit (Art. 32 Cost.) folgen.³⁶ An der Basis dieser neuen Doktrin standen allerdings Gedanken der sozialen Gleichheit und Menschenwürde: Es wurde als ungerecht und mit der Gleichwertigkeit aller Men-

33 Vgl. Joanna Krzemińska-Vamvaka und Patrick O'Callaghan, „Mapping out a right to privacy in tort law“, in: Brüggemeier, Gert/Colombi Ciacchi, Aurelia/Comandé, Giovanni (Hg.), *Fundamental Rights and Private Law in the European Union*, Vol. 2: Comparative Analyses of Selected Case Patterns, Cambridge 2010, 111-164; Aurelia Colombi Ciacchi, *ibid.*, 421-437, 423 f.

34 Siehe BGH 13. Oktober 1992, BGHZ 120, 1 = NIW 1993, 781 m. Anm. Erwin Deutsch = JZ 1993, 516 m. Anm. Dieter Giesen (Schmerzensgeld wegen eines durch einen ärztlichen Behandlungsfehler verursachten schweren Hirnschadens, der einer Zerstörung der Persönlichkeit gleichkommt). Für eine Re-Interpretation des Schmerzensgeldes als zivilen Schadenersatz siehe Gert Brüggemeier, *Haftungsrecht. Struktur, Prinzipien, Schutzbereich: Ein Beitrag zur Europäisierung des Privatrechts*, Berlin/Heidelberg/New York 2006, 575 ff.

35 Die Ersatzfähigkeit auch in Deutschland des per se-Personenschadens, d.h. der nicht restituierbaren Verletzungen der physischen oder psychischen Integrität, befürwortet Brüggemeier (Fn. 34), 577 f.

36 Corte Costituzionale 14. Juli 1986 Nr. 184, Foro it. 1986 I 2053 m. Anm. Giulio Ponzanelli.

schen unvereinbar empfunden, wenn etwa zwei Schulkinder den gleichen Körperschaden infolge unerlaubter Handlung erleiden, das Kind wohlhabender, der Oberschicht zugehörigen Eltern aber wegen seiner höheren künftigen Einkommenschancen einen viel höheren Schadensersatz bekäme als das Kind einer armen Arbeiterfamilie.³⁷

Diese Doktrin wurde in der italienischen Lehre und Rechtsprechung als *danno biologico* (biologischer Schaden) bezeichnet.³⁸ Diese ist die häufigste und auch außerhalb Italiens bekannteste Konstellation der Horizontalwirkung der Grundrechte in der italienischen Zivilrechtsprechung.³⁹

Schließlich gelang der höchstrichterlichen italienischen Rechtsprechung die zweite Revolution: die prinzipielle Überwindung des traditionellen gesetzlichen Systems der sehr beschränkten Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden. Mit einer Reihe von Urteilen im Jahre 2003 stellten die Corte di Cassazione und die Corte Costituzionale einen neuen Grundsatz auf, wonach jede Grundrechtsverletzung per se einen Anspruch auf Schadensersatz begründet.⁴⁰

Das Prinzip der per se-Ersatzfähigkeit von Grundrechtsverletzungen besitzt das Potential, zu einem gemeineuropäischen Rechtsgrundsatz zu werden.⁴¹ Man könnte es als Pendant auf nationaler Ebene des Gebots der wirksamen Abhilfe (effective remedy) im Falle von Menschenrechtsverletzungen gem. Art. 13 EMRK⁴² ansehen.

37 Die Diskussion wurde Anfang der Siebziger Jahre des 20. Jahrhunderts vom sog. „Gennarino“-Fall ausgelöst: Als das Kind eines einfachen Arbeiters Opfer eines Unfalls wurde, berechnete das Mailänder Landgericht (Trib. Milano 18. Januar 1971) die Höhe des Schadensersatzes auf der Basis der Vermutung, dass das Kind künftig die gleiche Arbeit seines Vaters verrichtet hätte. Dieses Urteil wurde als Beispiel einer Klassenjustiz scharf kritisiert. Vgl. Annamaria Galoppini, *Democrazia e diritto* 1971, 255, die provokativ fragt, wieviel ein Arbeiterkind wert sei („Il caso Gennarino, ovvero quanto vale il figlio dell'operaio“).

38 Hierzu statt vieler Francesco Busnelli, *Il danno biologico. Dal „diritto vivente“ al „diritto vigente“*, Torino, 2001; Guido Alpa, *Il danno biologico. Percorso di un'idea*, Padova 2003.

39 Zur „Europäisierung des danno biologico“ bzw. zum Verhältnis zwischen dieser Doktrin und den schadensrechtlichen Vorschriften des Draft Common Frame of Reference siehe Gert Brüggemeier, in Festschrift für Erwin Deutsch zum 80. Geburtstag, 749-768.

40 Cass. 31.5.2003 Nr. 8827 und 8828; Corte cost. 11.7.2003 Nr. 233, *Foro it.* 2003 I 2201. Hierzu Giulio Ponzanelli (Hg.), *Il „nuovo“ danno non patrimoniale*, Padova 2004.

41 Im Draft Common Frame of Reference kann ein per se-Schaden (injury as such, Art. 6:204 DCFR) allerdings nicht nur im Fällen von Grundrechtsverletzungen zu einer Ausgleichspflicht führen. Für eine Erläuterung dieser Vorschrift siehe von Bar, Christian (Hg.), *Non-contractual liability arising out of damage caused to another (PEL Liab. Dam.)*, München 2009, 986-990.

42 Das Wort „Beschwerde“ in der deutschen Fassung des Artikels 13 („Jede Person, die in ihren in dieser Konvention anerkannten Rechten oder Freiheiten verletzt worden ist, hat das Recht, bei einer innerstaatlichen Instanz eine wirksame Beschwerde zu erheben“) drückt nur unvollständig die Bedeutung des englischen Wortes „remedy“ aus.

Jedenfalls stehen alle besagten mitgliedstaatlichen Rechtsprechungsentwicklungen im Zeichen einer Materialisierung des Haftungsrechts. Wie im Vertragsrechts öffnet auch hier die Horizontalwirkung der Grundrechte die Tür für eine flexiblere, auf eine bessere Berücksichtigung sozialer und menschlicher Bedürfnisse gerichtete Handhabung des Privatrechts.

4. Steuerung der Macht der Medien

Eine vierte rechtspolitische Dimension der horizontalen Grundrechtswirkung verdeutlicht sich in Fällen des Konflikts zwischen Persönlichkeitsrechten einerseits und Meinungs- bzw. Informationsfreiheit andererseits.⁴³ Diese ist, wie gesagt, die häufigste Horizontalwirkungskonstellation in Deutschland, England, Frankreich, Italien, den Niederlanden, Polen, Portugal, Schweden und Spanien.⁴⁴

Hier dient der Rückriff auf Grundrechte nicht nur der Materialisierung des Privatrechts: Auch das plural-prozedurale Paradigma spielt bei dieser Konstellation eine Rolle. Einerseits geht es darum, grundrechtlich geschützte Belange natürlicher Personen vor der Übermacht nichtstaatlicher Akteure (die Medien) zu schützen. Andererseits geht es um die prozedurale Steuerung von im weiten Sinne politischen Prozessen: Mit ihren Urteilen tragen die Gerichte zur Bestimmung der Grenze zwischen Privatem und Öffentlichem bzw. zur Bestimmung einiger Regeln des politischen Diskurses bei.

5. Ausübung politischer Rechte in privat betriebenen Räumen

Eine noch stärkere Charakterisierung durch plural-prozedurale Elemente weist eine fünfte rechtspolitische Dimension horizontaler Grundrechtswirkung auf: die

43 Zu den bekanntesten Fällen zählen in Deutschland BGH 29. Juni 1999, GRUR 1999, 1034 (Zeitschriftsbericht über Prinz von Hannovers Affären und Scheidung: Abwägung des Grundrechts auf Meinungsfreiheit gem. Art 5 Abs. 1 GG gegen dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht gem. Art 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG); in England *Campbell v MGN Ltd* [2004] UKHL 22 (Zeitschriftsbericht über Naomi Campbells Drogenabhängigkeit: Abwägung des Menschenrechts auf Privatsphäre gem. Art. 8 EMRK gegen das Menschenrecht auf Information gem. 10 EMRK); in Frankreich Cass. 14. Dezember 1999, D 2000, 372 m. Anm. Beigner (Veröffentlichung eines Buches, das Details über Mitterands Krankheit offenbart: Abwägung des Rechts auf Meinungsfreiheit gem. Art 10 EMRK gegen das Recht auf Privatsphäre gem. Art 8 EMRK und Art. 9 Code civil); in Italien Cass. 20.4.1963 Nr. 990, Foro it 1963 I 877 (Veröffentlichung pikanter Details über Mussolinis Geliebte Clara Petacci und ihre Familie: Gewährung von Schadensersatz wegen Verletzung des Grundrechts auf freie Persönlichkeitsentfaltung gem. Art 2 der ital. Verfassung); in Portugal STJ 19.11.2002 Nr. 02A2028, <http://www.stj.pt> (Veröffentlichung wahrer, aber rufschädigender Tatsachen über einen berühmten Anwalt: Abwägung des Grundrechts auf Meinungs- und Informationsfreiheit gem. Art 37 portug. Verfassung gegen das Grundrecht auf Ruf, Ehre und eigenes Bild gem. Art 25, 26 portug. Verfassung).

44 Siehe oben, Fn. 31.

Ausübung politischer Rechte in Räumen, die Privateigentum darstellen aber der Öffentlichkeit zugänglich sind. In mehreren europäischen Ländern werden Gerichte häufig mit Klagen von Menschen konfrontiert, denen die Verteilung von Flugblättern oder die Ausübung anderer Formen politischen Aktivismus durch private Betreiber von Einkaufszentren, Sportstadien oder Flughäfen verboten wurde.⁴⁵ Hier geht es primär um die Bestimmung der Grenze zwischen Privatem und Öffentlichem sowie der Regeln des politischen Diskurses.⁴⁶

6. Umweltschutz

Eine sechste rechtspolitische Richtung der horizontalen Anwendung von Verfassungsgrundsätzen ist der Umweltschutz. In mehreren europäischen Ländern wurden Verfassungsvorschriften herangezogen, um mit den Mitteln des Privatrechts, insbesondere des Sachenrechts, sowohl die Nachbarn von Grundstücken als auch die Umwelt selbst vor umweltschädlichen Emissionen zu schützen.⁴⁷ Diese rechtspolitische Dimension der Horizontalwirkung der Grundrechte weist zugleich, *Christoph Schmid*s Terminologie folgend, eine materiale und eine plurale Komponente auf.

45 Siehe in Deutschland BGH NJW 2006, 1054 (Protestaktionen gegen die deutsche Abschiebep Praxis auf dem Gelände der Fraport AG), hierzu Andreas Fischer Lescano und Andreas Maurer, „Grundrechtsbindung von privaten Betreibern öffentlicher Räume“, NJW 2006, 1394-1396. Gegen dieses BGH-Urteil legte eine politische Aktionistin Verfassungsbeschwerde ein. Das BVerfG gab am 22. Februar 2011 der Verfassungsbeschwerde statt. Das Gericht entschied, dass das Verbot von politischen Demonstrationen auf dem Flughafengelände der Fraport AG unverhältnismäßig und das BGH-Urteil, das dieses Verbot zugelassen hatte, somit verfassungswidrig sei. Ein klassischer Fall von ‚mall litigation‘, bei dem es um die Verteilung von Flugblättern in einem englischen Einkaufszentrum im Rahmen einer Bürgerinitiative ging, veranlasste sogar die Intervention des europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte: *Appleby v. United Kingdom* (2003) 37 EHRR 38. Hierzu Oliver Gerstenberg, „What Constitutions Can Do (But Courts Sometimes Don't): Property, Speech, and The Influence of Constitutional Norms on Private Law“, CES Working Paper, no. 110, 2004, Canadian Journal of Law and Jurisprudence 2004, 61-81; ders., European Law Journal 2004, 766-786. In Italien siehe Trib. Verona 7.7.1999, Il diritto dell'informazione e dell'informatica 1999, VI, 1059 (Verteilung politischer Flugblätter in einem Einkaufszentrum). In Schweden siehe NJA 1971, 571; in Spanien STS 7.11.2001, RJ 2001/1025. Vgl. Jana Gajdosova und Stathis Banakas, „Private property, public access and access to information: a comparative analysis“, in: Brüggemeier, Gert/Colombi Ciacchi, Aurelia/Comandé, Giovanni (Hg.), Fundamental Rights and Private Law in the European Union, Vol. 2: Comparative Analyses of Selected Case Patterns, Cambridge 2010, 281-297.

46 Vgl. Oliver Gerstenberg, Canadian Journal of Law and Jurisprudence 2004, 61-81; ders., European Law Journal 2004, 766-786.

47 Hierzu bereits Salvatore Patti, La tutela civile dell'ambiente, Padova 1979. Für eine umfassende rechtsvergleichende Studie dieser Materie siehe Pozzo, Barbara (Hg.), Property and Environment, Bern 2007. Vgl. auch Maria Dolores Sánchez Galera/Judith Zehetner, „Action against emissions: fundamental rights and the extension of the right to sue in private nuisance to non-owners“, in: Brüggemeier, Gert/Colombi Ciacchi, Aurelia/Comandé, Giovanni (Hg.), Fundamental Rights and Private Law in the European Union, Vol. 2: Comparative Analyses of Selected Case Patterns, Cambridge 2010, 298-321.

IV. Legitime Rechtspolitik oder Instrumentalisierung der Grundrechte?

Die im vorigen Abschnitt erwähnten rechtspolitischen Richtungen stellen keine abschließende Liste dar. Man könnte noch weitere Beispiele hinzufügen. Für die Zwecke dieses Beitrags ist dies aber nicht erforderlich. Es fragt sich nun, ob und inwieweit der Rückgriff auf Grundrechte auf dem Wege der Horizontalwirkung, um rechtspolitische Ziele im Privatrecht zu erreichen, eine Instrumentalisierung der Grundrechte darstellt.

Das Grundrechtsverständnis, das diesem Beitrag zugrunde liegt, basiert auf einem rechtsphilosophischen Ansatz, den *Dietmar von der Pfordten* „normativer Individualismus“ nennt.⁴⁸ Nach diesem Ansatz sind rechtliche und politische Entscheidungen in letzter Instanz nur durch den Bezug auf die von diesen Entscheidungen konkret betroffenen Individuen zu rechtfertigen. Es geht um die einzelnen Individuen und ihre konkreten Wünsche, Interessen und Ziele. Der normative Individualismus steht somit im klaren Gegensatz zum normativen Kollektivismus, nach dem rechtliche und politische Entscheidungen ihre Rechtfertigung in einem Kollektiv finden: Staat, Gesellschaft, Wirtschaft, gesellschaftliches Teilsystem etc.⁴⁹

Dieser Beitrag nimmt eine klare Stellung zugunsten des normativen Individualismus und gegen den normativen Kollektivismus ein. Damit wird nicht der systemtheoretischen Deutung der Grundrechte als unpersonalisierte Institutionen, sondern der klassischen, personalistischen Grundrechtsauffassung der Aufklärung gefolgt. Demnach besteht der Kerngehalt der Grundrechte in ursprünglich privaten, subjektiv-individuellen Rechten, die erga omnes wirken und das Individuum gegen die Übermacht öffentlicher und privater Akteure schützen.

Zu den Zeiten der Aufklärung konzipierte man die Grundrechte als Schutzinstrumente des Individuums nicht nur gegen den Staat, sondern wohl auch gegen die *pouvoirs intermediaires* des *ancien régime*, z.B. die Korporationen. Diese Funktion der Grundrechte ist heute aktueller denn je. Wir leben heute in einer Art neuen Mittelalters, nach der Krise bzw. den Wandlungen der Staatlichkeit und der staatlichen Regulierung. Dieses neue Mittelalter ist gekennzeichnet durch einen Wildwuchs von öffentlichen und privaten Regulierungs-

48 Dietmar von der Pfordten, „Action against emissions: fundamental rights and the extension of the right to sue in private nuisance to non-owners“, JZ 2005, 1069-1080. Zu den vielen verschiedenen Bezeichnungen, unter denen der Grundgedanke des normativen Individualismus erscheint („Humanismus“, „legitimatischer Individualismus“, „Subjektstellung des Menschen“, „Subjektivismus“, „Selbstbestimmung“, „Autonomie“, „Individualität“, „Wert des Einzelnen“, „Person“ etc.) siehe a. a. O., 1069 m.w.N.

49 von der Pfordten (Fn. 48), 1069 ff.

formen, die in komplexer Wechselwirkung zueinander stehen. Umso dringender benötigen wir heute Grundrechte als erga omnes wirkende Rechte, die jedem einzelnen Individuum den Rücken stärken gegenüber allen öffentlichen und privaten Mächten, Regelgebern, Korporationen, funktional differenzierten gesellschaftlichen Teilsystemen, anonymen Matrices⁵⁰ und dergleichen.

Daraus folgt, dass eine Grundrechtsargumentation desto überzeugender und legitimer erscheint, je näher sie an die fundamentalen Belange des Individuums kommt. Insofern ist die rechtspolitische Orientierung der Horizontalwirkung der Grundrechte insoweit legitim und stellt keine Instrumentalisierung dar, als diese Horizontalwirkung zu einer stärkeren Berücksichtigung fundamentaler Belange der betroffenen Individuen führt.

Dies ist in den oben erläuterten Konstellationen der horizontalen Grundrechtswirkung auf nationaler Ebene tatsächlich der Fall. Trotz ihrer Verwendung (auch) zu Zwecken der Materialisierung des Privatrechts, trotz ihrer pluralen und prozeduralen Dimensionen, führt diese Grundrechtswirkung in der Regel zu einer besseren, verstärkten Berücksichtigung fundamentaler Belangen der individuell am Privatrechtsverhältnis Beteiligten. Diese Belange, z.B. die tatsächliche Selbstbestimmung schwächerer Vertragsparteien, oder die vitalen Interessen der politischen Aktivisten in den Einkaufszentren-Fällen, wurden nämlich vor dem Durchbruch der Grundrechte in den entsprechenden privatrechtlichen Konstellationen nur unzureichend berücksichtigt. Die Belange ihrer Gegenparteien hingegen, etwa die wirtschaftlichen Freiheitsrechte der Banken, fanden im privatrechtlichen Instrumentarium schon ausreichend Geltung. Einige Grundrechte im Spiel wurden also vom Privatrecht ohne triftigen Grund bevorzugt, andere Grundrechte wurden dagegen ohne triftigen Grund vernachlässigt. Die horizontale Grundrechtswirkung korrigiert genau das. Die Rechtsprechung insbesondere hilft durch die horizontale Grundrechtswirkung denjenigen Individuen, deren Interessen keine mächtige Lobby auf der Ebene der Gesetzgebung gefunden hatten.

Zusammenfassend ist anzumerken: Die Horizontalwirkung der Grundrechte ist nicht rechtspolitisch neutral. Jedoch stellt die rechtspolitische Orientierung dieser Horizontalwirkung in der Praxis der nationalen Zivilgerichte (jedenfalls in allen durch die Autorin dieses Beitrags analysierten Fallkonstellationen) keine illegitime Instrumentalisierung der Grundrechte dar. Vielmehr werden in diesen Konstellationen genuine Grundrechtsgehalte, fundamentale Belange menschlicher Individuen, verwirklicht. Die horizontale Grundrechtsanwendung in der Zivilrechtsprechung der Mitgliedstaaten ist daher ein sehr positiv

50 Vgl. Gunther Teubner, „Die anonyme Matrix: Zu Menschenrechtsverletzungen durch ‚private‘ transnationale Akteure“, *Der Staat* 2006, 161-187.

zu bewertendes Phänomen.

Die Betonung der Vorteile der horizontalen Grundrechtswirkung auf der Ebene der nationalen Rechtsprechung sei jedoch keine Verteidigung der mangelhaften horizontalen Grundrechtsanwendung auf der Ebene der EuGH-Rechtsprechung, wie sie etwa in den bedauerlichen Entscheidungen *Viking*, *Laval* und *Rüffert* zutage kam.⁵¹ Letztere Rechtsprechung hat die Unternehmerfreiheit zu einem Grundrecht entwickelt, das sozialen Grundfreiheiten nicht bloß gleichgestellt ist, sondern diesen übergeordnet wird.⁵² Dieser Beitrag schließt sich diesbezüglich *Christoph Schmid*s vortrefflicher Analyse und Kritik an.⁵³ Es wäre wünschenswert, wenn sich die europäische Judikatur von *Schmid*s Buch inspirieren ließe und zu einem reiferen, feinfühligere Umgang mit der horizontalen Grundrechtsanwendung übergehen würde, wie die mitgliedstaatlichen Zivilgerichte sie praktizieren.

51 Siehe oben, Fn. 3.

52 So Alexander Somek, *Juridikum* 3/2008, 118-125.

53 Schmid (Fn. 1), 350 ff. m.w.N.

Kodifikation ohne Demokratie?

Zur Legitimität eines Europäischen (Optionalen) Zivilgesetzbuches*

Jan M. Smits

1. Einleitung

Im Rahmen der anhaltenden Debatte über die Europäisierung des Privatrechts¹ nehmen die Bedenken bezüglich der Legitimität einiger Kommissionsinitiativen zu. Die wichtigste dieser Initiativen mündete im kürzlich veröffentlichten Entwurf eines Gemeinsamen Referenzrahmens des Europäischen Privatrechts (*Draft Common Frame of Reference of European Private Law*, DCFR).² In ihrem Grünbuch zum Europäischen Vertragsrecht aus dem Jahre 2010 wirft die Kommission die Frage auf, wie der akademische DCFR zu einem „politischen“ Europäischen „Vertragsrechtsinstrument“ umgewandelt werden kann, um so den Binnenmarkt weiterzuentwickeln. Sie skizziert darin sieben politische Verwendungsmöglichkeiten des DCFR, zu denen die Einführung eines fakultativen Europäischen Vertragsrechtsinstruments (Optionales Instrument), die Verabschiedung einer Richtlinie oder Verordnung zur Einführung eines Europäischen Vertragsrechts und sogar die Einführung eines Europäischen Zivilgesetzbuchs per Verordnung zählen.³ Obwohl die Wahl der bevorzugten politischen Strategie noch aussteht, macht das Grünbuch doch deutlich, dass die Idee einer europäischen Kodifikation (von Teilen) des Privatrechts noch immer auf der Agenda der Europäischen Kommission steht. Dieser Beitrag soll deshalb die Frage aufwerfen, wie eine solche Kodifikation legitimiert werden könnte. Dabei wird der Fokus auf der Idee eines Optionalen Instruments liegen; und das nicht nur, weil es am wahrscheinlichsten ist, dass die Kommission diese Strategie verfolgen wird,⁴ sondern auch, weil bei einer solchen

* Dieser Beitrag basiert auf meinem im Rahmen des Kolloquiums *Die Instrumentalisierung des Privatrechts durch die Europäische Union* am 9. Juli 2010 am Zentrum für Europäische Rechtspolitik (ZERP) der Universität Bremen gehaltenen Vortrags. Übersetzt von Tobias Pinkel.

1 Für eine anregende und aufschlussreiche Übersicht des Europäisierungsprozesses im Bereich des Privatrechts siehe Christoph U. Schmid, *Die Instrumentalisierung des Privatrechts durch die Europäische Union*, Baden-Baden 2010.

2 von Bar, Christian et al. (Hg.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference*, München 2009.

3 Grünbuch der Kommission: Optionen für die Einführung eines Europäischen Vertragsrechts für Verbraucher und Unternehmen, KOM (2010) 348 endg.

4 Vgl. Jim Brunsten, „Call for single contract law system“, *European Voice* vom 17.6.2010.

Rechtsordnung die Frage nach deren Legitimität am interessantesten ist: Es wird dabei dargelegt, dass ein Optionales Vertragsrecht nicht den gleichen demokratischen Ansprüchen genügen muss, die traditionelle nationale Zivilgesetzbücher erfüllen sollten. Aber der Inhalt des vorliegenden Artikels soll noch weitergehen: Auch die Grundsatzdiskussion, ob es notwendig ist, das gesamte Privatrecht im Wege demokratischer Verfahren zu verabschieden, um es zu legitimieren, soll ins Blickfeld gerückt werden.

Dafür erscheint es zweckmäßig, den Beitrag mit einer kurzen Darstellung der Funktionen von Kodifikationen zu beginnen (Teil 2). Es wird dabei gezeigt, dass zumindest historisch gesehen eine dieser Funktionen darin besteht, das meiste positive Recht in nationalstaatliches Recht umzuwandeln und es damit einem demokratischen Verfahren auf nationaler Ebene zu unterwerfen. Allerdings sind in einer postnationalen Welt *de facto* nicht mehr alle Regelungen über die Rechte und Pflichten von Privaten demokratisch legitimiert oder *sollten* durch nationale Parlamente legitimiert werden. Anschließend wird der allgemeine Hintergrund, der es grundsätzlich notwendig macht, alternative Formen der Legitimität zu entwickeln, skizziert (Teil 3). Dies ermöglicht es sodann, die Legitimität von Zivilgesetzbüchern im Allgemeinen und im Besonderen die eines Optionalen Europäischen Vertragsrechtsinstruments zu diskutieren (Teil 4).

2. Funktionen von Kodifikationen

Als erstes soll in diesem Beitrag die Frage nach den Gründen, die für eine Kodifikation des Privatrechts (oder des Rechts im Allgemeinen) sprechen, aufgeworfen werden. Nach klassischer Einteilung von Mailliet⁵ werden dabei drei verschiedene Funktionen unterschieden. Damit kann die grundlegende Frage beantwortet werden, warum es gewollt sein kann, Recht in einem umfassenden, durch den Staat verabschiedeten Regelwerk niederzulegen. Obwohl die von Mailliet aufgeführten Funktionen insbesondere zum Verständnis des Entstehens der großen Kodifikationen in Europa im neunzehnten Jahrhundert von Bedeutung sind, können sie auch hilfreich sein, um die aktuellen Kodifikationsbemühungen nachzuvollziehen.

Die erste Funktion einer Kodifikation ist demnach die *Darstellung* des Rechts. Die Kodifikation dient also dazu, das bestehende oder wünschenswerte Recht in einer umfassenden, rationalen und systematischen Weise gewahrbar

5 Jean Mailliet, „The Historical Significance of French Codifications“, Tulane Law Review 1969-1970, 681 ff. Dies bedeutet jedoch nicht, dass Kodifikationen nicht auch andere Funktionen erfüllen können.

werden zu lassen. Dies soll vor allem die Zugänglichkeit und Vorhersehbarkeit des Rechts verbessern. Als Jeremy Bentham die berühmten Worte verfasste „Eine abschließende Gesetzessammlung: das ist das wichtigste Ziel. Was nicht in dieser Sammlung ist, sollte nicht anwendbares Recht sein. Niemand sollte auf Gewohnheitsrecht, ausländisches Recht, angebliches Naturrecht oder angebliches Völkerrecht verweisen.“⁶, wollte er damit gerade das Problem lösen, dass Recht zu seiner Zeit nicht jedermann zugänglich war. Die Gewährbarkeit (oder in den Worten Benthams „cognoscibility“) des Rechts zu fördern, war auch eines der Hauptziele, die hinter der Verabschiedung des Code Napoléon standen [was gut zu erkennen ist, wenn man Napoleons Grabmal im Invalidendom in Paris besucht, wo das Ornament, das dem Code Civil gewidmet ist, zwei Tatsachen hervorhebt: die „simplicité“ (Einfachheit) der Kodifikation und die Tatsache, dass das Recht nun endlich „intelligible pour tous“ (für jedermann verständlich) geworden ist].

Auch heute noch ist diese Zielsetzung von Bedeutung: Als die Niederländer den Hauptteil ihres neuen Bürgerlichen Gesetzbuchs (*Burgerlijk Wetboek*) im Jahre 1992 in Kraft setzten, war einer der wichtigsten Gründe dafür, dass das gesamte Niederländische Privatrecht wieder konsistenter werden sollte.⁷ Und auch die gegenwärtige Debatte über die Zukunft des Europäischen Vertragsrechts wurde ursprünglich von der Europäischen Kommission aus dem Grund initiiert, dass der derzeitige gemeinsame Besitzstand (*acquis*) des Europäischen Privatrechts zu fragmentiert sei und deshalb in einer kohärenteren Weise reorganisiert werden sollte.⁸

Die zweite Funktion einer Kodifikation ist, zumindest aus historischer Sicht, in der *Vereinheitlichung* des Rechts zu sehen. Hiermit wurden zwei verschiedene Ziele angestrebt. Einerseits sollen Kodifikationen territoriale Unterschiede durch die Beseitigung verschiedener Rechte innerhalb eines Landes beseitigen. Hauptsächlich soll damit der Wirtschaft gedient werden: Rechtseinheit soll den Handel fördern. Dieser Beweggrund wurde nicht nur in den Kodifikationen des neunzehnten Jahrhunderts angeführt, sondern wird noch heute verwendet. Im kürzlich vorgestellten Entwurf einer einheitlichen Kodifikation des chinesischen Privatrechts wird vorgetragen, dass die gegenwärtige

6 Jeremy Bentham, „View of a Complete Code of Laws“, in: Bowring, John (Hg.), *The Works of Jeremy Bentham*, Edinburgh 1839, 205. Englischer Originaltext: „A complete digest: such is the first rule. Whatever is not in the code of laws, ought not to be law. Nothing ought to be referred either to custom, or to foreign law, or to pretended natural law, or to pretended laws of nations“.

7 Jan H.A. Lokin und Willem J. Zwalve, *Hoofdstukken uit de Europese codificatiegeschiedenis*, 3. Aufl., Den Haag 2006.

8 Diese Begründung findet sich bereits in der ersten Mitteilung [...] zum europäischen Vertragsrecht, KOM (2001) 398 endg. Aus jüngerer Zeit vgl. Grünbuch der Kommission: Optionen für die Einführung eines Europäischen Vertragsrechts für Verbraucher und Unternehmen, KOM (2010) 348 endg.

Situation in China nicht optimal sei: Getrennte Regelungen der allgemeinen Zivilrechtsprinzipien, des Vertragsrechts, des Realgüterrechts, des Eherechts, des Adoptionsrechts und des Erbrechts führten zu Koordinationsproblemen, die den Bedürfnissen einer Marktwirtschaft, insbesondere eines immer weiter zusammenwachsenden nationalen Marktes, nicht gerecht würden.⁹ Die Europäische Kommission verwies auf dieselbe Begründung, als sie die Notwendigkeit eines stärker vereinheitlichten Vertragsrechts zur Förderung der Wirtschaft in Europa darlegte, ohne Zweifel daran zu äußern, dass dies im Rahmen der begrenzten Gesetzgebungskompetenz des Art. 114 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auch zulässig sei. Andererseits dienten Kodifikationen in der Vergangenheit auch der Vereinheitlichung des Status‘ von Personen. Insbesondere der Code Napoléon zielte ausdrücklich auf die Herstellung von Gleichheit zwischen den Bürgern durch die Abschaffung von bestehenden Privilegien des Adels und Klerus‘ ab (weshalb der Code Civil manchmal auch als die wirkliche Verfassung Frankreichs bezeichnet wird¹⁰).

Eine dritte Funktion der Kodifizierung ist in dem Wunsch der nationalen Gesetzgeber zu sehen, die Rechtsnatur selbst zu verändern: Das angewendete Recht sollte nicht länger aus Gewohnheitsrecht (feudalem Recht), ausländischem Recht (wie dem Römischen Recht), religiösem Recht (wie dem Kanonischen Recht) oder dem „angeblichen Naturrecht“¹¹ (wie es Bentham formuliert) bestehen. Stattdessen sollte Recht ein Produkt des Nationalstaates und damit etwas Demokratisches werden. Das Hauptaugenmerk lag dabei auf der Legitimität: Durch die Voraussetzung, dass die nationalen Parlamente das Recht verabschiedeten, wurden die Bürger, die den Rechtsreglungen unterworfen waren, auch deren Verfasser.

Es ist klar, dass diese drei Funktionen auch heute noch eine Rolle spielen, wenn Staaten sich dafür entscheiden, ihr Recht zu kodifizieren. Man kann jedoch durchaus in Zweifel ziehen, dass alle diese Funktionen immer noch am besten durch eine Kodifikation erfüllt werden. So ist es eine offene Frage, ob eine Kodifikation noch vollständig die Funktion erfüllt, Recht zugänglich und vorhersehbar zu machen. Das heutige Recht wird zunehmend durch eine Vielzahl von Rechtsquellen charakterisiert, die niemals vollständig in einer systema-

9 Huixing, Liang (Hg.), *The Draft Civil Code of the People’s Republic of China: English Translation*, Leiden 2010, Vorwort.

10 Vgl. Jean Carbonnier, *Droit civil: Introduction*, 20. Aufl., Paris 1991, 123: „le Code civil reste la constitution la plus authentique du pays.“

11 Ursprünglicher englischer Wortlaut von Bentham: ‚pretended natural law‘.

tischen Kodifikation zusammengefasst werden können.¹² Auch wenn es um die Bedürfnisse der Wirtschaft in Europa geht, ist es fraglich, ob diese durch eine klassische Kodifikation angemessen befriedigt werden können. Es mag der Wahrheit entsprechen, dass ein einheitliches Recht in einem Nationalstaat der Wirtschaft dieses Staats zuträglich ist, es ist aber sehr fraglich, ob dies auch für die europäische oder globale Wirtschaft gilt. Dabei wird die Debatte über den genauen Zusammenhang zwischen einheitlichem Recht und zwischenstaatlichem Handel wohl auch weiterhin geführt werden.¹³ Im Folgenden soll allerdings nur die dritte Funktion von Kodifikationen diskutiert und die Frage aufgeworfen werden, ob die gegenwärtige Europäisierung und Globalisierung verhindert, dass die Legitimität des Rechts sichergestellt werden kann. Besteht die Funktion einer Kodifikation darin, das vorherrschende Recht zu staatlichem Recht zu machen, stellt sich letztlich die Frage, ob dies heutzutage überhaupt noch möglich ist und worin eine Alternative dazu gesehen werden könnte.

3. Jenseits des staatlichen Rechts: Über Regulierungen ohne demokratische Legitimität durch den Nationalstaat

Bevor sich der Beitrag nun wieder dem europäischen Kodifikationsprozess zuwendet, erscheint es hilfreich den Blickwinkel etwas auszudehnen und zu fragen, welche Regelungen, die nicht durch nationale politische Institutionen erlassen werden, trotzdem Bedeutung für die Ausformung der Rechte und Pflichten von Privaten haben. Neben den nationalen Gesetzgebern und Gerichten haben heutzutage zumindest noch drei andere Arten von Akteuren Einfluss auf die Ausgestaltung des Privatrechts.¹⁴

Zunächst wird Privatrecht in zunehmendem Maße durch supranationale Gesetzgeber gestaltet. Das wichtigste Beispiel hier ist das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG). In den fast 75 Vertragsstaaten wurde ein neues Vertragsrecht *neben* dem nationalen etabliert. Entsprechend gilt nun in diesen Ländern kein einheitliches und

12 Jan M. Smits, „The Complexity of Transnational Law: Coherence and Fragmentation of Private Law“, in: Van Erp, Sjef/Van Vliet, Lars P. W. (Hg.), Netherlands Reports to the Eighteenth International Congress of Comparative Law, Antwerpen 2010, 113-130.

13 Siehe Smits, Jan (Hg.), The Need for a European Contract Law: Empirical and Legal Perspectives, Groningen 2005; Vogenauer, Stefan/Weatherill, Stephen (Hg.), The Harmonisation of European Contract Law, Oxford 2006 und Gary Low, „How and Why we are (not) bothered by the Costs of Legal Diversity: A Behavioural Approach to the Harmonization of European Contract Law“, European Review of Private Law 2010, 285-305. Vgl. auch Schmid (Fn. 1), 299.

14 Das folgende stützt sich auf Jan M. Smits, „Democracy and (European) Private Law: a Functional Approach“, European Journal of Legal Studies 2009, 26-40.

kohärentes Vertragsrecht für das gesamte Staatsgebiet mehr, sondern hängt die Frage, welches Recht (mit seinen eigenen Regelungen, Rationalitäten und Auslegungsmethoden) zur Anwendung kommt, von der Art der Transaktion (und davon, ob die Vertragsparteien die Anwendbarkeit des UN-Kaufrechts ausgeschlossen haben) ab.

Darüber hinaus lässt sich das Entstehen einer „privaten globalen Normsetzung“¹⁵ beobachten. Einerseits werden Normen und Politiken nicht mehr ausschließlich durch Nationalstaaten bestimmt, sondern auch durch andere Akteure beeinflusst. Neben Organisationen wie dem IWF und der Weltbank können vor allem die Aktivitäten der WTO gewichtigen Einfluss auf das Verhalten Privater, nämlich im Bereich des Freihandels, der Besteuerung, des geistigen Eigentums und des Gesundheitsschutzes, nehmen. Andererseits haben auch verschiedene Arten freiwilligen Rechts,¹⁶ wie beispielsweise Normen, die von Unternehmensnetzwerken verabschiedet wurden (von denen die wichtigsten Beispiele Verhaltenskodices im Bereich von Umwelt- und Sozialstandards, sogenannte *codes of conduct for corporate social or environmental responsibility*, sind), Regelungen von Normungsorganisationen für technische Anforderungen (wie beispielsweise der „Codex Alimentarius“) und andere Arten von Selbstregulierungen, Einfluss auf das Verhalten Privater. Diese Regelungen von „Governance jenseits des Nationalstaats“¹⁷ können nach traditionellem Rechtsverständnis nicht als bindend angesehen werden, weil sie nicht die Formalkriterien erfüllen, dass sie durch die für Rechtsetzungen zuständigen Stellen verabschiedet wurden und mittels der Ausübung von Zwang durchgesetzt werden können. Allerdings stellen sie oftmals die faktische Rechtsgrundlage für ihre speziellen Adressaten dar und beeinflussen deshalb deren Verhalten stark: In diesem Sinne sind sie als Privatrechtsquelle häufig bedeutsamer als das formal bindende Recht.¹⁸

Der dritte Akteur, der an der Privatrechtssetzung beteiligt ist, ist die Europäische Union. In den letzten zwanzig Jahren hat der europäische Gesetzgeber

15 Gunther Teubner, „Breaking Frames: The Global Interplay of Legal and Social Systems“, *American Journal of Comparative Law* 1997, 149, 157. Formulierung im englischen Originaltext: „private global norm-production“.

16 Vgl. Anne-Marie Slaughter, „International Law in a World of Liberal States“, *European Journal of International Law* 1995, 503, 518.

17 Grainne De Burca, „Developing Democracy Beyond the State“, *Columbia Journal of Transnational Law* 2009, 101, 104. Formulierung im englischen Originaltext: „sites of governance beyond the nation-state“.

18 Für eine allgemeine Darstellung zum Privatrecht jenseits des Nationalstaats vgl. Ralf Michaels und Nils Jansen, „Private Law Beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization“, *American Journal of Comparative Law* 2006, 843-890; Nils Jansen und Ralf Michaels, „Private Law and the State“, *Rabels Zeitschrift* 2007, 345-397 sowie die Sonderausgabe des *American Journal of Comparative Law* 2008, 527-843.

im Bereich des Privatrechts beinahe zwanzig Richtlinien erlassen, die allesamt in den (mittlerweile) 27 Mitgliedstaaten umgesetzt wurden.¹⁹ Diese formell bindenden Gesetzgebungsmaßnahmen wurden durch verschiedene Maßnahmen in Form von Soft Law ergänzt, die mit Unterstützung der Europäischen Kommission erstellt wurden. Das nun wichtigste Beispiel hierfür ist der Entwurf eines Gemeinsamen Referenzrahmens für das Europäische Privatrecht (*Draft Common Frame of Reference*, DCFR)²⁰. Diese Regelungen wurden zum Zwecke der Anwendung durch Private, Gesetzgeber und Gerichte erstellt.

Neben der Beteiligung dieser drei neuen nichtstaatlichen Akteure bei der Privatrechtsetzung sollte auch nicht vergessen werden, dass gleichzeitig die Legitimität des nationalen Rechts auf verschiedene Weise beeinflusst wird. Hierzu zählt, dass Bürger ihr ‚eigenes‘ Recht wählen können. Innerhalb der Grenzen, die das Internationale Privatrecht setzt (das in der Regel verlangt, dass die Parteien oder ihre Aktivitäten eine Verbindung zum Recht verschiedener Staaten aufweisen)²¹, besteht oftmals die Möglichkeit, die Rechtsordnung zu wählen, die den Interessen der Vertragsparteien am ehesten entspricht. Dies führt zu einem ‚Rechtsmarkt‘²², der sich für einige Rechtsgebiete (wie Wirtschafts-, Gesellschafts-, Steuer- und Vertragsrecht) bereits verwirklicht hat. Gleichzeitig ist hierin eine Herausforderung für den demokratischen Charakter des Rechts zu sehen: Wenn Bürger eines Staates die Rechtsordnung eines anderen wählen können, wird die enge Verbindung zwischen der *Setzung* von Regeln und deren *Anwendung* gelöst.

Wenn man sich nun mit der Schaffung von Recht jenseits des Nationalstaates befasst, kann man zwei verschiedene Positionen einnehmen. Zunächst kann man vertreten, dass dieses Recht *vernationalstaatlich* werden sollte, indem man es wieder zu einem Teil der nationalen Rechtsordnung macht. Alternativ kann man jedoch auch vertreten, dass die Legitimität solchen Rechts aus einer *anderen* Quelle als dem Nationalstaat erwachsen muss. Die zweite Option ist dabei zu bevorzugen: Die Anwendbarkeit solchen Rechts ist nicht nur unabhängig von einem Staat, sondern ist auch nicht auf ein klar definiertes territoriales Gebilde beschränkt. Stattdessen werden die relevanten Regelungen oftmals grenzübergreifend gewählt und angewendet.²³ Aufgabenbereiche, die

19 Für einen aktuellen Überblick vgl. z.B. Reinhard Zimmermann, „The Present State of European Private Law“, *American Journal of Comparative Law* 2009, 479 ff.

20 Von Bar/Clive (Hg.) (Fn. 2).

21 Vgl. Verordnung 593/2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl. L 177 v. 4.7.2008, 6-16.

22 Erin O’Hara und Larry Ribstein, *The Law Market*, Oxford 2009.

23 Jost Delbrück, „Exercising Public Authority Beyond the State: Transnational Democracy and/or Alternative Legitimation Strategies?“, *Indiana Journal of Global Legal Studies* 2003, 28, 29.

früher einem demokratischen Entscheidungsprozess auf nationaler Ebene unterworfen waren, wurden entsprechend auf die europäische oder internationale Ebene sowie auf nicht-territoriale normenschaffende Gemeinschaften verlagert. Es besteht somit die Notwendigkeit, Alternativen zur demokratischen nationalen Rechtsetzung zu finden.²⁴ Oder, wie es Anton Pelinka formulierte, „Demokratie wird jenseits des Nationalstaats möglich sein – oder Demokratie wird überhaupt nicht mehr möglich sein.“²⁵

Das Zwischenergebnis ist damit klar: Die Legitimität verschiedenartiger Regelungen, die Rechte und Pflichten von Privaten niederlegen, kann nicht mehr in den traditionellen demokratischen Verfahren nationalen Ursprungs gefunden werden. Alternativen sind zu entwickeln. Dies führt zurück zur Frage nach dem Verhältnis zwischen Demokratie und Zivilgesetzbüchern.

4. Legitimität eines Optionalen Zivilgesetzbuches

4.1 Ein funktionaler Ansatz zur Legitimität

Es wurde bereits deutlich, dass neue Arten des Rechts neue Formen der Legitimität voraussetzen. Aber was bedeutet dies für die Kodifizierung des Privatrechts auf europäischer Ebene? Ausgangspunkt zur Beantwortung dieser Frage soll, wie es *Bohman* formulierte, sein, dass Demokratie eine „Zusammenstellung von Institutionen, durch die Individuen als freie und gleiche Bürger ermächtigt werden, die Bedingungen ihres Zusammenlebens zu formen und zu verändern“,²⁶ darstellt. Diese Deliberation der Bürger über das Gemeinwohl ist auch Kernbestandteil des Habermasschen Demokratieverständnisses als Form der Kommunikation in einem Forum, in dem die Redner ihre Sichtweise zum Ausdruck bringen und andere darauf reagieren.²⁷ Die wichtigste Ausdrucksform dieser Kommunikation sind dabei die nationalen Verfassungen, durch die eine Gesellschaft ihre Ideen über sich selbst zum Ausdruck bringt. Bevor

24 Für eine anders ausgerichtete Darstellung der Entwicklung vgl. Florian Rödl, „Private Law Beyond the Democratic Order?, On the Legitimatory Problem of Private Law ‚Beyond the State‘“, *American Journal of Comparative Law* 2008, 743-768.

25 Anton Pelinka, „Democracy beyond the State: On the (Im-)Possibilities of Transnational Democracy“, *Trans: Internet-Zeitschrift für Kulturwissenschaften*, No. 15/2003. Formulierung im englischen Originaltext: „Democracy will be possible beyond the nation-state – or democracy will cease to be possible at all.“ Ausführlicher dazu auch Smits (Fn. 14), 26-40.

26 James Bohman, *Democracy across Borders: From Demos to Demoi*, Cambridge Mass. 2007, 2. Ursprünglicher Wortlaut in Englisch: „set of institutions by which individuals are empowered as free and equal citizens to form and change the terms of their common life together (...).“

27 Vgl. Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt am Main 1992.

grundlegende Rechtsregelungen über das Gemeinwesen gebildet wurden, kann dabei typischerweise kein Verfassungsrecht existieren.²⁸

Zudem ist die Feststellung bedeutsam, dass nicht die Gesamtheit des Privatrechts der öffentlichen Sphäre zuzurechnen ist. Die genaue Grenzziehung kann diskutiert werden, es besteht aber Einigkeit darüber, dass die *res publica* nicht grenzenlos ist: Es gibt einen Unterschied zwischen dem Leben im Gemeinwesen und dem Privatleben der Bürger.²⁹ Nicht alle Regelungen des Privatrechts, die traditionell in Kodifikationen enthalten sind, haben tatsächlich Einfluss auf das Zusammenleben der Bürger. Insbesondere das dispositive Recht, das typischerweise im Bereich des Vertragsrechts zu finden ist, muss nicht notwendigerweise einem politischen Entscheidungsprozess unterworfen sein. Diese Regelungen sollen lediglich Private unterstützen; schon allein die Tatsache, dass die Vertragsparteien vom dispositiven Recht abweichen können, wenn sie dies für angemessen halten, verleiht ihm eine andere Rechtsnatur als dem zwingenden Recht. Deshalb ist eine strikte Trennung zwischen zwingendem und dispositivem Recht vorzunehmen, wenn die Legitimität von Privatrecht diskutiert wird.³⁰ Dabei muss die Legitimität von dispositivem Recht nicht notwendigerweise durch einen nationalen demokratischen Prozess begründet werden, sondern kann auch aus der *Wahl* der Vertragsparteien herrühren, sich im Rahmen ihrer Vertragsbeziehungen der Anwendbarkeit anderer dispositiver Regelungen zu unterwerfen. Bei diesem Ansatz werden die *Funktionen* betrachtet, die die Demokratie erfüllt, und untersucht, inwieweit diese auch anderweitig ausgefüllt werden können.³¹

Bei der Betrachtung dieses funktionalen Demokratieansatzes ist es hilfreich, drei verschiedene Aspekte der demokratischen Legitimität zu unterscheiden.³² Formale Legitimität ist in der institutionellen Macht zur Verabschiedung gewisser Regelungen zu sehen. In Civil-Law-Rechtsordnungen ist diese Macht (und manchmal sogar Pflicht)³³ zur Kodifizierung des Privatrechts traditionell bei den nationalen Gesetzgebern verortet. Es ist klar, dass Rechtsregelungen, wie sie in Teil 3 diskutiert wurden, nicht in dieser Weise legitimiert werden können. Es ist indes zu berücksichtigen, dass eine wichtige Auf-

28 Vgl. Neil Walker, „Constitutionalism and the Incompleteness of Democracy: An Iterative Relationship“, University of Edinburgh School of Law Working Paper 2010/25.

29 David Held, *Models of Democracy*, 3. Aufl., Cambridge 2000, 283.

30 Aktuell und bedeutsam zu dieser Trennung vgl. Gerhard Wagner, „Mandatory Contract Law: functions and Principles in Light of the Proposal for a Directive on Consumer Rights“, *Erasmus Law Review* 2010, 47-70.

31 Smits (Fn. 14), 26-40.

32 Hier wird Bohman (Fn. 28), 139 ff. gefolgt.

33 Vgl. Art. 107 der niederländischen Verfassung und Art. 34 der französischen Verfassung.

gabe dieser formalen Legitimität in der Möglichkeit besteht, die Entscheidungsträger für ihr Handeln zur Verantwortung zu ziehen, indem sie im Wege von Wahlen durch die Bürger ihrer Ämter enthoben werden können. In dieser Hinsicht gibt es allerdings andere Arten der Verantwortlichkeit, die zu ähnlichen Ergebnissen führen können. Eine dieser Alternativen ist die sogenannte Marktverantwortlichkeit (*market accountability*):³⁴ Die Legitimität entsteht dann nicht durch Wahlen, sondern durch den Markt auf Grund des Maßes der Zufriedenheit derjenigen, die von einem Regelwerk oder einer Bestimmung betroffen sind. In diesem Zusammenhang ist es hilfreich, auf das aktuelle Buch von Nils Jansen über nicht von Gesetzgebern verabschiedete Kodifikationen hinzuweisen.³⁵ Jansen vertritt dabei die Ansicht, dass in der Geschichte Europas der Grund für die Gültigkeit von Privatrecht in der Regel nicht die offizielle Verkündung durch die zuständigen Organe, sondern die tatsächliche *Nutzung* in der Praxis war. Es sind oftmals die *Praktiker*, die Normen die notwendige Autorität verleihen, nicht die Gesetzgeber: die „abstrakte Gültigkeit eines Textes, der Ausdruck einer Rechtsnorm ist, besteht in der Akzeptanz durch die Juristen als einer ultimativen Rechtsquelle.“³⁶

Wird die formale Legitimität auf diese Weise verstanden, ähnelt sie einem anderen Aspekt der Legitimität: der Tatsache, dass die Bevölkerung auch faktisch eine Möglichkeit hat, einer bestimmten Politik oder einer Entscheidung zuzustimmen oder diese abzulehnen. Eine solche vom Volk gewährte Legitimität (*popular legitimacy*) muss dabei nicht einer parlamentarischen Vertretung entstammen. Durch die Transnationalisierung des Rechts werden sich die effektiveren Formen der Partizipation wahrscheinlich auf Gruppen verlagern, die neue politische Gemeinwesen entlang funktionaler und nicht nationaler Grenzen bilden.³⁷ Die Regelungen, die in Teil 3 diskutiert wurden, können in der Tat besser auf solche Weise legitimiert werden: Sie haben in der Regel nur für eine eingegrenzte Gruppe Bedeutung und bedürfen deshalb auch nicht der Zustimmung des gesamten politischen Gemeinwesens.

Der letzte Aspekt behandelt die deliberative Legitimität. Im Rahmen einer Deliberation der Bürger werden Argumente für gewisse Politiken ausge-

34 Vgl. z.B. den Überblick mit weiteren Nachweisen von Gregg Garn, „Moving from Bureaucratic to Market Accountability: The Problem of Imperfect Information“, *Educational Administration Quarterly* 2001, 571-599, 578.

35 Nils Jansen, *The Making of Legal Authority: Non-legislative Codifications in Historical and Comparative Perspective*, Oxford 2010.

36 Jansen (Fn. 37), 43. Englischer Wortlaut im Originaltext: „abstract authority of a text giving expression to a legal norm consists in the legal profession accepting it as an ultimate source of the law.“

37 Vgl. Delbrück (Fn. 25), 38: „functional authorities of varying geographical scope run by individuals selected by lot from among those with a material interest in the issue in question.“ Vgl. auch De Burca (Fn. 17), 123.

tauscht, wie im Rahmen dieser Arbeit bereits dargestellt wurde. Auch hier ist es nicht notwendig, dass an einer solchen Deliberation die gesamte Öffentlichkeit teilnimmt. Man kann sie auch auf die diejenigen beschränken, die am stärksten von der diskutierten Regelung betroffen sind. Wenn in der Qualität der Deliberation eine wichtige Voraussetzung für den Erfolg einer Demokratie gesehen wird,³⁸ kann man sogar vertreten, dass eine Deliberation zwischen gut informierten Spezialisten zu einer größeren Legitimität als eine allgemeine Debatte zwischen uninformierten Nichtspezialisten führt.

Zusammengenommen zeigen diese drei Aspekte, dass Legitimität auch von einer begrenzten Zahl von Bürgern ausgehen kann, die Regeln wählen, die sie auf Grund ihrer Qualität am besten finden. Dies wirft die Frage auf, was sich hieraus für die Legitimität eines Optionalen Europäischen Vertragsgesetzbuches ergibt.

4.2 *Ein Optionales Vertragsgesetzbuch*

Wenn wir grundsätzlich den vorstehenden Erwägungen über die Möglichkeiten, wie Legitimität von Privatrecht jenseits des Nationalstaates erreicht werden kann, zustimmen, stellt sich die Frage, was dies für ein Optionales Europäisches Vertragsgesetzbuch bedeutet, wie es die Europäische Kommission anstrebt. Obwohl der genaue Inhalt und die genaue Ausgestaltung dieses Gesetzbuches noch unklar sind, wurden seine Konturen bereits im Grünbuch von 2010 skizziert:³⁹

„Dadurch würde ein umfassender und möglichst eigenständiger Satz von Vertragsrechtsvorschriften in die innerstaatlichen Rechtssysteme der 27 Mitgliedstaaten übernommen werden, den die Vertragsparteien als das geltende Recht auswählen können. Vertragsparteien könnten, vor allem für Geschäfte im Binnenmarkt, auf alternative Rechtsvorschriften zurückgreifen. Die Anwendung des Instruments könnte entweder auf grenzüberschreitende Verträge beschränkt oder sowohl für grenzüberschreitende Verträge als auch für innerstaatliche Verträge vorgesehen werden.“

Kernpunkt der vorstehenden Ausführungen bis hierhin ist, dass die Tatsache, dass eine 28. Optionale Rechtsordnung nicht von einem demokratischen Gesetzgeber verabschiedet wurde, wie wir ihn auf nationaler Ebene kennen, noch nicht ausreicht, um ihr jegliche Form von Legitimität abzusprechen. Entspre-

38 Vgl. als wichtigste Vertreter John Rawls, *Political Liberalism*, New York 1993 und Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt am Main 1992.

39 Grünbuch der Kommission: Optionen für die Einführung eines Europäischen Vertragsrechts für Verbraucher und Unternehmen, KOM (2010) 348 endg., 9 f.

chend ist die Sichtweise, die von Van Zelst⁴⁰ und anderen⁴¹ zum Ausdruck gebracht wurde, zurückzuweisen. Diese geht zu Recht davon aus, dass der DCFR die Grundlage für ein Optionales Instrument bilden wird, kritisiert dies allerdings zu Unrecht.⁴² Van Zelst fasst die bestehende Kritik wie folgt übersichtlich zusammen:

„Zunächst fehlt den Wissenschaftlern, die an der Erstellung des DCFR beteiligt sind, eine demokratische Legitimität. Die Gruppe repräsentiert weder die Gesamtheit der Bevölkerung in den Mitgliedstaaten, noch spiegelt sie ihre politischen Überzeugungen wider. Außerdem ist es fraglich, ob Professoren mit der Aufgabe, sozialpolitische Realitäten in Gesetze zu übersetzen, beauftragt sein sollten. In demokratischen Gesellschaften scheint dies prinzipiell die Aufgabe von (demokratisch legitimierten) Gesetzgebern zu sein [...]“⁴³

Auch Christoph Schmid beschäftigt sich mit dem Legitimitätsdefizit eines Optionalen Instruments und vertritt dabei den Standpunkt, dass eine solche 28. Rechtsordnung nur auf grenzüberschreitende Verträge Anwendung finden sollte. Die Entscheidung, diese auch für innerstaatliche Sachverhalte zur Verfügung zu stellen, sollte seiner Meinung nach den einzelnen Mitgliedstaaten überlassen bleiben, die hierbei die nationalen Parlamente beteiligen müssten.⁴⁴

Mein Verständnis von Legitimität eines Optionalen Vertragsgesetzbuches ist anders. Wenn die Legitimität eines Optionalen Instruments in der Wahl der Rechtsordnung durch die Vertragsparteien gesehen werden kann, muss es nicht durch die nationalen Parlamente legitimiert werden. Die Marktverantwortlichkeit, die bereits im Abschnitt 4.1 Erwähnung fand, kann für die Legitimität von nicht-zwingenden Vertragsrechtsordnungen von größerer Bedeutung als gemeinhin angenommen sein. Wenn Marktverantwortlichkeit z.B. bei Schulen bedeutet, dass gute Schulen mehr Schüler anziehen, während schlechte Schulen dadurch zur Verantwortung gezogen werden, dass sie Schüler verlieren, kann ein vergleichbarer Mechanismus auch bei nichtzwingendem Vertrags-

40 Bas Van Zelst, *The Politics of European Sales Law*, The Hague 2008, 244-245.

41 So z.B. die Study Group on Social Justice in European Private Law, „Social Justice in European Contract Law: a Manifesto“, *European Law Journal* 2004, 653-674 und Martijn W. Hesselink, „The Politics of a European Civil Code“, *European Law Journal* 2004, 675-697.

42 Der Autor dieses Beitrags sieht den DCFR auch sehr kritisch, wenn auch aus anderen Gründen als der angeblich fehlenden Legitimität. Vgl. hierzu z.B. Jan M. Smits, „The Draft Common Frame of Reference: how to improve it?“, in: Micklitz, Hans-W./Cafaggi, Fabrizio (Hg.), *European Private Law after the Common Frame of Reference*, Cheltenham 2010, 90-100.

43 Ursprünglicher englischer Wortlaut: „First of all, the scholars that are involved in the drafting of the DCFR lack democratic legitimacy. The group represents neither all of the populations of the Member States, nor their political convictions. Secondly, it is questionable whether professors should be vested with the translation of social-political reality into legislation. In a democratic society, this would seem to principally be the task of the (democratically legitimised) legislature [...]“

44 Schmid (Fn. 1), 299.

recht durch einen Wettbewerb der Rechtsordnungen funktionieren. Entsprechend werden Vertragsparteien, die die Wahlfreiheit bezüglich der anwendbaren Rechtsordnung haben, diejenige wählen, die für sie am besten ist. Wenn das Optionale Instrument nicht von den Vertragsparteien zur Anwendung gebracht wird, sind die Verfasser dementsprechend für den fehlenden Erfolg dieser Rechtsordnung verantwortlich.

Die Sichtweise, dass die Änderung von Recht eine politische Entscheidung durch ein Parlament, das bei der Erstellung und der Verabschiedung des Rechts beteiligt sein sollte, voraussetzt, ist demnach eher eine traditionelle, auf den demokratischen Input gerichtete. Es ist aber auch eine Sichtweise, die den Erfahrungen mit der Erstellung von Privatrechtsregelungen widerspricht. Bindende nationale Zivilgesetzbücher wurden häufig ohne bedeutsamen Einfluss der Parlamente entworfen. Es ist zwar wahr, dass die letzte Entscheidung über die endgültige Inkraftsetzung eines Zivilgesetzbuches von den nationalen Parlamenten getroffen wurde (und wenn es um die Einführung eines *bindenden* Europäischen Zivilgesetzbuches ginge, sollte dies auch so sein), aber im Rahmen der Erstellung der Kodifikationen wurden die relevanten Entscheidungen in der Regel von den Verfassern selbst getroffen.⁴⁵ Dies ist auch auf Grund der oftmals sehr detaillierten und hoch technischen Fragen im Rahmen der Erstellung eines Entwurfs für ein Zivilgesetzbuch sinnvoll. Nur wenn es um politisch sensible Fragen (wie die Herabsetzung des Verbraucherschutzniveaus) geht, sollten Parlamente beteiligt werden. Eine wichtige Ausnahme zu dieser Arbeitsweise stellte der Entwurfsprozess des neuen Niederländischen Zivilgesetzbuches dar. Unmittelbar nach dem Beginn dieses Prozesses im Jahre 1947 wurde eine Liste mit zentralen Fragen dem Niederländischen Parlament vorgelegt.⁴⁶ Trotzdem ist nicht ersichtlich, wie parlamentarische Stellungnahmen hilfreich sein können, wenn es um die Struktur eines Zivilgesetzbuches und andere typische akademische Fragen geht. So ist z.B. auch die Frage, ob ein Zivilgesetzbuch eine Generalklausel für Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung enthalten sollte, keine Frage, die von Parlamenten entschieden werden sollte.

Auch ist die Feststellung bedeutsam, dass die Erfahrungen mit Optionalen Instrumenten bestätigen, dass solche Spezialregelungen für gewöhnlich ohne Einflüsse von Parlamenten im Entwurfsstadium entstehen. Stattdessen beschränkt sich der Einfluss eines Parlaments meist auf die Entscheidung, ein bereits *existierendes* Instrument, das von Experten entworfen wurde, in Kraft zu setzen. Die beiden wichtigsten Beispiele für solche Instrumente sind der ame-

45 Vgl. auch Peter A. J. Van den Berg, *The Politics of European Codification*, Groningen 2007.

46 Detailliert dazu vgl. Martijn W. Hesselink, „The Ideal of Codification and the Dynamics of Europeanization: The Dutch Experience“, in: Vogenauer, Stefan/Weatherill, Stephen (Hg.), *The Harmonisation of European Contract Law*, Oxford 2006, 39 ff.

rikanische Uniform Commercial Code (UCC) und das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG). In beiden Fällen beschränkte sich der „demokratische“ Einfluss (im Fall des UCC) auf einzelne Parlamente der amerikanischen Staaten bzw. (im Fall der CISG) auf nationalstaatliche Parlamente, die bereits existierende Rechtsordnungen verabschiedet haben. Diese Erfahrungen verdeutlichen, dass Parlamente nicht zwingend am Entwurf erfolgreicher Kodifikationen beteiligt sein müssen.

5. Abschließende Bemerkungen

In diesem Artikel wurde dargelegt, dass ein Optionales Europäisches Vertragsgesetzbuch nicht den traditionellen demokratischen Anforderungen genügen muss, die nationale Zivilgesetzbücher einzuhalten haben. Seine Legitimität kann größtenteils auf der Wahl der Vertragsparteien basieren. Dies passt zu den Bedürfnissen einer postwestfälischen Welt, in der neue Formen der Legitimität jenseits der bekannten, im nationalstaatlichen Kontext entwickelten Konzepte gefunden werden müssen.

Privatrecht, Demokratie, Kodifikation

Zur Kritik des europäischen Privatrechts-Projekts

Florian Rödl

I. Europäisches Privatrecht und demokratische Privatrechtstheorie

Bei der Diskussion um ein Europäisches Privatrecht, die sich gegenwärtig feinsinniger Weise auf den akademischen Entwurf für einen „Gemeinsamen Bezugsrahmen“¹ (*Common Frame of Reference*) bezieht, geht es unter anderem um die Aussichten für ein Europäisches Privatrecht im starken Sinne.² Damit gemeint ist ein Privatrecht, das auf europäischer Ebene gestaltet wird und einheitlich für den gesamten europäischen Raum gelten soll. Die Idee eines Europäischen Privatrechts in diesem starken Sinne muss sich mit privatrechtstheoretischen Grundfragen ins Verhältnis setzen. Das ist nur recht und billig, wenn es um ein Projekt geht, in dem das Privatrecht im Ganzen neu geschrieben und auf höherer Ebene öffentlicher Ordnung angesiedelt werden soll.³

Eine dieser privatrechtstheoretischen Fragen, die in der Diskussion auch schon aufgeworfen wurde, ist die Frage nach dem Verhältnis von Privatrecht und demokratischer Gesetzgebung.⁴ Diese Frage wird schon im Normalbetrieb

1 Die gängige Übersetzung lautet freilich etwas sophistiziert „Referenzrahmen“.

2 Christoph Schmid beschäftigt sich zum Abschluss seines Buches (Christoph Schmid, Die Instrumentalisierung des Privatrechts durch die Europäische Union. Privatrecht und Privatrechtskonzeption in der Europäischen Integrationsverfassung, Baden-Baden 2010, 831) mit den Aussichten und Potentialen eines Europäischen Privatrechts. Er nimmt dabei vor allem Bezug auf die gegenwärtig diskutierten Möglichkeiten eines Europäischen Privatrechts als kollisionsrechtlich wählbare Statuten (etwa im Vertragsrecht, Sachenrecht, Familienrecht) und/oder als Modellgesetz für die Mitgliedstaaten. Er steht beiden Ansätzen vor dem Hintergrund seiner begründeten Sorge um die Integrität des Privatrechts freundlich gegenüber.

3 Die unterschiedlichen Verlautbarungen vonseiten europäischer Institutionen oszillieren insoweit zwischen „politisch völlig undurchsetzbar“ (Dirk Staudenmayer, EU-Kommission, Referatsleiter GD Gesundheit und Verbraucherschutz; siehe: „Ein Europäisches Zivilgesetzbuch – Podiumsdiskussion“, in: Verhandlungen des 67. Deutschen Juristentages II/1 (2008), Q 11) und seine Charakterisierung als eine von sieben „Optionen“ in: Europäische Kommission, Grünbuch der Kommission. Optionen für die Einführung eines Europäischen Vertragsrechts für Verbraucher und Unternehmen, KOM(2010) 348 endg. vom 1.7.2010, 12.

4 Study Group on Social Justice in European Private Law, „Social Justice in European Contract Law“, *European Law Journal* 2004, 653-674; Martijn Hesselink, „The Politics of a European Civil Code“, *European Law Journal* 2004, 675-697; Harm Schepel, „The European Brotherhood of Lawyers: The Reinvention of Legal Science in the Making of European Private Law“, *Law and Social Inquiry* 2007, 183-199; Alain Verbeke, „Negotiating (in the Shadow of a) European Private Law“, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2008, 395-413; Bastiaan van Zelst, *The Politics of European Sales Law*, Den Haag 2008.

nationalen Privatrechts zumindest unterschwellig immer wieder virulent, wenn sich der demokratische Gesetzgeber anschickt, in das ansonsten vor allem von Gerichten und Rechtswissenschaft administrierte und fortentwickelte Privatrecht einzugreifen. In einer Situation, in der es nicht um eine punktuelle Intervention geht, sondern um eine neue und umfassende Kodifikation eines von europäischer Ebene zu verabschiedenden Privatrechts, muss diese Problematik erneut zum Streitpunkt werden. Allerdings sind die Rollen diesmal anders verteilt als im nationalen Rahmen. Es ist nicht der demokratische Gesetzgeber, der sich das Privatrecht aneignen will.⁵ Vielmehr könnte es so scheinen, als beanspruchte die Wissenschaft die materielle Gestaltungsmacht für sich, als sollte der demokratische Gesetzgeber aus dem Projekt weitgehend herausgehalten werden.⁶

Die folgenden Ausführungen zielen darauf, die demokratische Problematik des Gemeinsamen Bezugsrahmens, verstanden als maßgeblicher Entwurf für ein kommendes einheitliches Europäisches Zivilgesetzbuch, präzise in den Blick zu bekommen. Dabei lässt sich vorab festhalten, dass auch unter den Protagonisten des Projekts niemand der Ansicht ist, dass ein einheitliches Europäisches Privatrecht nicht förmlich im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren der europäischen Institutionen verabschiedet werden müsste.⁷ Die Problematik besteht also nicht darin, dass im Zuge der laufenden Entwicklung das Erfordernis formaldemokratischer Legitimation des Europäischen Privatrechts bestritten würde. Darüber hinaus die demokratische Problematik zu fassen, fällt aber nicht ganz leicht. Der Gemeinsame Referenzrahmen wurde und wird vor allem unter dem Gesichtspunkt diskutiert, ob er gelungene Regeln enthält⁸,

5 Exemplarisch etwa die Kritik bei Werner Flume, „Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung“, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2000, 1427-1430. Jüngstes Beispiel einer scharfen Frontstellung liefert in Deutschland das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz von 2006.

6 Dieser Befürchtung gab das Europäische Parlament sogar in einer Resolution Ausdruck: Europäisches Parlament, Entschließung des Europäischen Parlaments zum Europäischen Vertragsrecht und zur Überarbeitung des gemeinschaftlichen Besitzstands: weiteres Vorgehen vom 23.3.2006, verfügbar unter: http://ec.europa.eu/consumers/rights/contract_law_en.htm (16.9.2010).

7 Siehe etwa: von Bar, Christian/Clive, Eric/Schulte-Nölke, Hans (Hg.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of References (DCFR). Interim Outline Edition, München 2008, Introduction, Rn. 4. Voraussetzung ist freilich eine entsprechende Unionskompetenz; hierzu: Oliver Remien, „Europäisches Privatrecht als Verfassungsfrage“, Europarecht 2005, 699-720; Stephen Weatherill, „Constitutional Issues – How Much is Best Left Unsaid?“, in: Vogenauer, Stefan/Weatherill, Stephen (Hg.), The Harmonisation of European Contract Law, Oxford/Portland/Oregon 2006, 89-103.

8 Wolfgang Ernst, „Der ‚Common Frame of Reference‘ aus juristischer Sicht“, Archiv für die civilistische Praxis 2008, 248-282; Horst Eidenmüller, Florian Faust, Hans Christoph Grigoleit, Nils Jansen, Gerhard Wagner und Reinhard Zimmermann, „Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht“, Juristenzeitung 2008, 529-550; Simon Whittaker, The „Draft Common Frame of Reference“: an Assessment, London 2008, online verfügbar unter http://www.justice.gov.uk/publications/docs/Draft_Common_Frame_of_Reference__an_assessment.pdf; Luisa Antonioli, Francesca Fiorentini und

und ob das Projekt einheitlicher europäischer Privatrechtskodifikation überhaupt einen guten Sinn hat.⁹ Beide Themen der Kritik sind natürlich für sich relevant. Im Folgenden soll ihnen aber jeweils eine explizit demokratische Wendung gegeben werden, insofern unabhängig vom konkreten Gehalt nach Erfordernis und Möglichkeit einer demokratischen Genese von privatrechtlichen Normen (II. sowie III.) und nach dem Sinn einer europäischen Gesellschafts- ohne Politikverfassung (IV.) gefragt wird.

II. Wissenschaft, Gesetzgebung und „unpolitisches“ Privatrecht

1. Gesetzgebende Wissenschaft I: *politische Privatrechtsvergleichung*

Der Prozess, der nun zum Entwurf eines Gemeinsamen Referenzrahmens führte, lag ganz in den Händen von gestandenen Rechtswissenschaftlern.¹⁰ Dies hat ihm von einigen Beobachtern die Beurteilung als technokratisch¹¹ eingetragen. Indes haben sich wichtige Steuermänner des Prozesses schon früh auf den Standpunkt festgelegt, dass das Projekt eines Europäischen Privatrechtsgesetzbuches nur dann gelingen kann, wenn es als wissenschaftliches Projekt angelegt ist. Methodisch sei eine Bestandsaufnahme des in den Mitgliedstaaten geltenden Privatrechts nach dem Vorbild der U.S.-amerikanischen *restatements* gefordert.

„The appropriate method for preparing such a restatement is one which embraces European legal expertise on an inclusive basis, making use of thorough comparative law research to formulate the most suitable principles for a pan-European legal text.”¹²

Nun mag es ein Trend sein, dass die Rechtsvergleichung daran geht, ihr Selbst-

James Gordley, „A Case-Based Assessment of the Draft Common Frame of Reference“, *American Journal of Comparative Law* 2010, 343-358.

9 Nils Jansen, „Traditionsbegründung im europäischen Privatrecht“, *Juristenzeitung* 2006, 536-546; Reinhard Zimmermann, „The Present State of European Private Law“, *American Journal of Comparative Law* 2009, 479-512.

10 Liste der Beteiligten in von Bar, Christian/Clive, Eric et al. (Hg.), *Principles, definitions and model rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition Band 1*, München 2009, 25 ff.

11 Etwa Study Group on Social Justice in European Private Law (Fn. 4); Hesselink (Fn. 4); Ugo Mattei und Fernanda Nicola, „A ‚Social Dimension‘ in European Private Law? The Call for Setting a Progressive Agenda“, *Global Jurist* 7 (2007), Article 2.

12 Christian v. Bar, Ole Lando und Stephen Swan, „Communication on European Contract Law: Joint Response of the Commission on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code“, *European Review of Private Law* 2002, 183-248, 221 f.

verständnis als hermeneutische Disziplin aufzugeben und gegen die Annehmlichkeiten einflussreicher Politikberatung einzutauschen. Gleichwohl mutet es merkwürdig an, dass darüber das Selbstverständnis als Wissenschaftler, der ein von der Politik unabhängiges Geschäft betreibt, unberührt bleibt. Dabei wird die politische Dimension von maßgeblichen Akteuren offen ausgesprochen:

„The results of comparative law research must be consolidated in the form of norms. Moreover, a mere description of deviations from the existing national legal systems is insufficient. What is called for is the composition of uniform basic rules (“Principles”), based on a careful analysis of pros and cons, which overcome the existing substantive differences. In other words, Principles also contain suggestions of a legal policy nature; they construct a building plan for a future European legal system.”¹³

Aber auch das offene Bekenntnis zum unmittelbar politischen Charakter der eigenen Arbeit zieht keine kritischen Reflexionen des Prozesses und seiner Legitimationsbedingungen nach sich.¹⁴ Diese Widersprüchlichkeit bedarf keiner weiteren Erörterung.

2. *Gesetzgebende Wissenschaft II: unpolitisches Privatrecht*

Die unpolitische Anlage des Entwurfsprozesses lässt sich also nicht damit rechtfertigen, dass es sich hierbei um eine rein rechtsvergleichende Unternehmung handelte, denn eine solche ist es nicht. Anspruchsvoller ist eine andere These, die sich folgendermaßen formulieren lässt:¹⁵ Die exklusive Federführung der Rechtswissenschaft ist kein Mangel des Entwurfsprozesses, vielmehr entspricht ein solches Verfahren dem Wesen des Privatrechts. Privatrecht ist nämlich durch seine grundlegende Differenz zum Öffentlichen Recht gekennzeichnet. Die Differenz manifestiert sich unter anderem darin, dass das Privatrecht anders als das Öffentliche Recht nicht für beliebige Zwecke instrumentalisiert werden darf.¹⁶ Das gilt namentlich für die Zwecke der volkswirtschaftlichen Effizienz oder der

13 v. Bar/Lando/Swan (Hg.) (Fn. 12), 221 f.

14 Kohärenz lässt sich freilich wieder dadurch herstellen, dass dezidiert von der Zielvorstellung eines Europäischen Privatrechts Abstand genommen wird und die Modellregeln nur als didaktisches Hilfsmittel einer europaweiten Rechtsvergleichung ausgegeben werden; so Hans Schulte-Nölke, „Arbeiten an einem europäischen Vertragsrecht – Fakten und populäre Irrtümer“, *Neue Juristische Wochenschrift* 2009, 2161-2167, 2162. Treffend die Kritik an dieser neuen Selbstcharakterisierung bei Nils Jansen und Reinhard Zimmermann, „Was ist und wozu der DCFR?“, *Neue Juristische Wochenschrift* 2009, 3401-3406.

15 Jan Smits, „Democracy and (European) Private Law: A Functional Approach“, *Tilburg University Legal Studies Working Paper Series* 1/2010, 26-40, 38 ff.; siehe auch ders., „Kodifikation ohne Demokratie? Zur Legitimität eines europäischen (optionalen) Zivilgesetzbuches“, in diesem ZERP-DP.

16 Maßgeblich: Ernest Weinrib, *The Idea of Private Law*, Cambridge/London 1995; zu diesem Florian Rödl, „Normativität und Kritik des Zivilrechts“, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie Beiheft* 114 (2007), 167-178. In diese Richtung auch Schmid (Fn. 2), 74 f.

distributiven Gerechtigkeit. Solche Zwecke sind mit Mitteln des Öffentlichen Rechts, nicht aber mit den Mitteln des Privatrechts zu verfolgen. Das Privatrecht ist demgegenüber vor allem dazu da, für Gerechtigkeit zwischen den privaten Parteien zu sorgen, die vom Recht in diesem Zusammenhang als Freie und Gleiche angesehen und behandelt werden. Das leitende normative Prinzip ihrer rechtlichen Beziehungen ist die korrektive Gerechtigkeit.¹⁷ Weil es nicht um Wachstum oder Verteilung geht, ist es eine unpolitische Aufgabe, die Regeln des Privatrechts unter dem Prinzip korrekativer Gerechtigkeit zu artikulieren. Wenn es aber eine unpolitische Aufgabe ist, dann ist es nur gut, wenn die Artikulation privatrechtlicher Regeln durch Experten erfolgt und politische Akteure gerade nicht beteiligt sind. Aus dieser Perspektive betrachtet erscheint es nicht nur angemessen, dass der Entwurf des Gemeinsamen Referenzrahmens ein Werk von sich selbst als unpolitisch verstehenden Rechtsexperten ist. Vielmehr lässt sich ableiten, dass sich der demokratische Gesetzgeber auch zu einem späteren Zeitpunkt lieber zurückhalten sollte.

Viele der Kritiker des Entwurfs eines Gemeinsamen Referenzrahmens stehen auf dem entgegengesetzten Standpunkt.¹⁸ Die Auffassung, die ihren Stellungnahmen unterliegt, lässt sich vielleicht so fassen: Die Behauptung einer kategorialen Trennung von öffentlichem und privatem Recht ist grundlegend verfehlt. Zwar mag das Privatrecht eine äußerlich identifizierbare Materie bilden, aber es unterliegt keinem besonderen normativen Prinzip und kann zu allen Zwecken eingesetzt werden wie (anderes) Öffentliches Recht auch. Darum kann der Prozess der Privatrechtsentwicklung auch keine besondere Politikferne reklamieren, die eine exklusive Federführung der Wissenschaft in der Privatrechtsgesetzgebung rechtfertigen könnte. Weil darum Privatrechtsgestaltung ebenso eine politische Aufgabe ist wie die Gestaltung jeder anderen Rechtssetzung, darf die Beteiligung des demokratischen Gesetzgebers nicht nur formal ausfallen. Vielmehr muss sich der demokratische Gesetzgeber den Prozess der Privatrechtssetzung substantiell aneignen. Hiervon ist im europäischen Privatrechtsprozess bislang nichts zu sehen, und entsprechend ist die Dominanz der rechtswissenschaftlichen Experten nachdrücklich zu kritisieren.

Obgleich nun beide Seiten in Bezug auf den grundlegenden Charakter des Privatrechts entgegengesetzte Positionen vertreten, scheinen sie sich in einem Punkt einig. Beide teilen nämlich die Auffassung, dass es vom diesem grundlegenden Charakter des Privatrechts abhängt, ob eine substantielle Aneignung von Privatrechtsgesetzgebung durch den demokratischen Gesetzgeber geboten

17 Auch die Autoren des Entwurfs für einen Gemeinsamen Referenzrahmen sehen sich dieser Auffassung verpflichtet, aber sie führen sie nicht zur Stützung ihrer Autorität ins Feld: v. Bar/Clive/Schulte-Nölke (Hg.) (Fn. 7), Rn. 24.

18 S.o. Nachweise in Fn. 11.

ist oder nicht. Tatsächlich aber ist diese von beiden Kontrahenten geteilte Auffassung falsch. Wie zu zeigen sein wird, rechtfertigt es die Behauptung eines besonderen Charakters des Privatrechts in keiner Weise, den demokratischen Gesetzgeber in die zweite Reihe zu stellen und ihm nur mehr die Funktion notarieller Beglaubigung wissenschaftlicher Entwurfsarbeiten zuzuschreiben. Die Frage, ob das Privatrecht einen besonderen Charakter hat, indem es einem besonderen normativen Prinzip folgt, ist völlig unabhängig von der Frage, ob der demokratische Gesetzgeber die Gestaltung des Privatrechts in die eigenen Hände nehmen sollte.

Eine demokratisch und nicht expertokratisch legitimierte Entscheidung ist dabei in dreierlei Hinsicht erforderlich: Erstens wird die These vom besonderen Charakter des Privatrechts offenbar bestritten, wobei auch Rechtswissenschaftler zu den Kritikern zählen. Es geht also um einen Streit innerhalb der Experten, mag das eine Lager auch deutlich in der Minderheit sein. Folglich stellt sich die Frage, auf welche Weise dieser Streit zu entscheiden ist. Dabei hilft es sich zu überlegen, was der Gegenstand des Streites ist. Beide Seiten führen zu ihren Gunsten Einsichten in das Wesen des Privatrechts an. Im einen Fall wird eine wesentliche Besonderheit behauptet, im anderen Fall wird eine wesentliche Besonderheit verneint. Es handelt sich insofern um eine grundbegriffliche Frage. Grundbegriffliche Fragen gehören zum Terrain der Theorie oder, wenn man so will, der Philosophie. Während nun eben für das Privatrecht immer wieder gerne gesagt wird, dass dessen Gestaltung besser den Rechtswissenschaftlern überlassen sei, käme wohl niemand auf die Idee, andere Fragen mit grundbegrifflichem Einschlag generell an „Theoretiker“ oder Philosophen zu delegieren. Vielmehr beansprucht der demokratische Gesetzgeber die Autorität auch und gerade über solche Fragen grundsätzlich selbst. Ohne Weiteres verabschiedet er Gesetze, die die Beantwortung schwierigster grundbegrifflicher Fragen verlangen. Beispielhaft genannt seien nur die Felder, in denen es um die Herrschaft über das menschliche Leben geht, wie pränatale Selektion, Abtreibung, Patientenverfügung und Sterbehilfe, oder Regelungen von schwierigen Normkonflikten wie dem von Persönlichkeitsschutz und Unternehmerfreiheit oder dem von Religionsfreiheit und staatlichem Neutralitätsgebot. Hier käme niemand auf den Gedanken, der Gesetzgeber habe aufgrund des grundbegrifflichen Einschlags der jeweiligen Fragestellungen nur die Entwurfsarbeit von Experten zu beglaubigen. Eher ist das Gegenteil der Fall: Meist stößt es auf hohe Akzeptanz, dass allein der Gesetzgeber als Repräsentant der demokratischen Allgemeinheit derlei Fragen mit Mehrheit zu entscheiden hat. Sicher, er kann und sollte sich von den Experten ins Bild setzen, vielleicht sogar bilden lassen. Aber ihm gebührt das letzte Wort. Die Frage nach dem besonderen Charakter des Privatrechts ist aber genau von dieser Art: Verstehen wir uns im Privatrecht als einer besonderen Ordnung unterworfen,

deren Normativität von der Idee formaler Freiheit und Gleichheit getragen ist, oder sehen wir im Privatrecht ein Mittel unter anderen, um politische Zwecke wie soziale Gerechtigkeit oder Wachstum zu erreichen und unser eigenes Sein in dieser Ordnung als Mittel zur Erreichung dieser Zwecke? Es ist eine grundbegriffliche Frage, zu deren Entscheidung niemand anderes berufen ist als der demokratische Gesetzgeber.¹⁹

In zweiter Hinsicht stellt sich auch auf der Basis der Behauptung einer wesentlichen Besonderheit des Privatrechts die Frage, wo denn die Grenzen des Privatrechts liegen. Auch ein Gesetzgeber, der sich grundsätzlich auf die Auffassung festlegen würde, dass das Privatrecht einen besonderen Charakter hat, der seiner Instrumentalisierung zu beliebigen Zwecken widerstreitet, müsste in einem weiteren Schritt bestimmen, wie weit denn dieses besondere Privatrecht reichen sollte. Diese Grenzen sind nicht evident. Viele werden zustimmen, dass das Arbeitsrecht nicht dazu gehört²⁰, obgleich sich dessen individuelle Seite fraglos in privatrechtlichen Formen abspielt. Darüber hinaus gibt es überzeugende Stimmen, die diesen Bereich mit guten Gründen zu einem Feld des sozialen Vertragsrechts ausbauen wollen, welches alle Verträge über existentielle Lebensrisiken der abhängig Beschäftigten abdecken würde.²¹ Wieder andere möchten vielleicht den gesamten Verbraucherschutz herausnehmen oder bestimmte Schädigungsarten einer umverteilenden Gefährdungshaftung unterwerfen. Diskussionswürdig erscheint es auch, diejenigen Bereiche herauszunehmen, die zwar mitunter von privatrechtlichen Formen regiert werden, aber öffentliche Güter zum Gegenstand haben, wie die Versorgung mit Energie, Wasser oder Telekommunikation.²² All diese Entscheidungen sind, insofern es darum geht zu bestimmen, wie weit ein etwaiger besonderer Charakter des Privatrechts tatsächlich reicht, letztlich in gleicher Weise grundbegrifflicher Art, wie die Grundentscheidung über einen besonderen Charakter des Privatrechts an sich. Entsprechend ist auch hierüber niemand anderes berufen zu entscheiden als der demokratische Gesetzgeber.

In dritter Hinsicht ist abschließend zu befragen, inwiefern es denn richtig ist, dass dort, wo der besondere Charakter des Privatrechts vom demokratischen Gesetzgeber grundsätzlich bejaht und lokalisiert ist, er tatsächlich nicht

19 Es ist sicher keine Frage, die eine Quasi-Exekutive wie die EU-Kommission durch die Ausschreibung und Vergabe von Forschungsprojekten zu entscheiden hat. Zur deren Initiatoren-Rolle siehe: Christian v. Bar und Hans Schulte-Nölke, „Gemeinsamer Referenzrahmen für europäisches Schuld- und Sachenrecht“, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2005, 165-168.

20 So auch Smits (Fn. 15), 40.

21 Luca Nogler und Udo Reifner, „Social Contracts in the Light of the Common Frame of Reference for a Future EU Contract Law“, in: Antonioli, Luisa/Fiorentini, Francesca (Hg.), *A Factual Assessment of the Draft Common Frame of Reference*, München 2010, 365-407.

22 Rödl (Fn. 16).

geeignet wäre, selbst über die konkretisierenden Artikulationen der besonderen Gerechtigkeitsprinzipien zu entscheiden. Wenn er sich zuvor auf eine besondere Form privatrechtlicher Gerechtigkeit festgelegt hat, steht dem wohl nichts entgegen. Er kann, so scheint es, ohne Weiteres ein eigenes Urteil fällen, ob korrektive Gerechtigkeit das Entstehen für Vertrauens- oder Erfüllungsschaden verlangt, ob die Möglichkeit der Nacherfüllung zu eröffnen ist, ob der Verzugsschaden absolut zu beziffern oder relativ zum generellen Refinanzierungszins festzulegen ist. Er kann ein eigenes Urteil fällen, wie weit ein Allgemeines Persönlichkeitsrecht reichen soll. Sicher, der Gesetzgeber wird hier die Hilfe von Experten brauchen, um die Entscheidungsvarianten klar vor Augen zu bekommen. Aber das unterscheidet das Privatrecht gerade nicht von anderen Rechtsmaterien.

Hiernach ist festzuhalten: Die Fragen nach dem besonderen Charakter des Privatrechts, nach dessen etwaiger Reichweite und seiner Artikulation in konkreten Normen sind also alles Fragen, die demokratischer Legitimation bedürfen. Die Behauptung eines besonderen „unpolitischen“ Charakters des Privatrechts ist eine veritable Deutung des Sinns von Privatrecht. Aber sie liefert keine Grundlage, um die Anforderungen an seine demokratische Legitimation im Vergleich zu anderen Rechtsmaterien zu senken.

Insbesondere erlaubt sie nicht, dem demokratischen Gesetzgeber die Entscheidung darüber zu entziehen, ob und inwieweit er sich diese Auffassung vom Sinn des Privatrechts überhaupt zu eigen machen will. Das wäre aber die Folge, sähe man den Gesetzgeber im Privatrecht tatsächlich nur mehr zur notariellen Beglaubigung wissenschaftlicher Vorarbeiten berufen. Denn dann lägen eben diese Entscheidungen allein in den Händen der Wissenschaft. Freilich kann man dem demokratischen Gesetzgeber die Entscheidung nicht förmlich entziehen, denn die ist verfassungsrechtlich verbrieft. Aber man kann den demokratischen Gesetzgeber durch Verfahren und begleitenden öffentlichen Diskurs und nicht zuletzt durch Dimension und Komplexität des Vorhabens so in die Enge treiben, dass er sich eine substantielle Aneignung tatsächlich nicht mehr zutrauen kann. Hierauf ist im Folgenden einzugehen.

III. Moderne Demokratie und Kodifikation

Über Kodifikation des Privatrechts wird in Deutschland seit etwa 200 Jahren gestritten, allerdings unter wechselnden demokratischen Vorzeichen. Die berühmte Kontroverse zwischen Savigny und Thibaut aus dem Jahr 1814 um den „Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft“ betraf natürlich noch nicht die Frage der demokratischen Selbstbestimmung und ihr Verhältnis zu Wissenschaft und Rechtsprechung. Einigen europäischen Motivlagen von

heute vielleicht nicht ganz unähnlich ging es Thibaut demgegenüber um die Einheit der Nation und die Erleichterung des Wirtschaftsverkehrs durch Rechtseinheit.²³ Die Stärkung des (noch nicht demokratisierten) Politischen spielte keinerlei Rolle. Dem Kontrahenten Savigny ging es vor allem um die Wahrung der Position der historischen Rechtsschule und die mit ihr verbundene Renaissance des römischen Rechts, die von einem politisch gesteuerten Kodifikationsprojekt gefährdet worden wäre.²⁴ Auch als in der Folge der Reichsgründung von 1871 das Bürgerliche Gesetzbuch tatsächlich als Akt der staatlichen Gesetzgebung entstand, ging es nicht um Neugestaltung durch einen politischen Gesetzgeber.²⁵ Es ging aus nationaler Perspektive um Vereinheitlichung und aus wirtschaftlicher Sicht um Kalkulierbarkeit. Voraussetzung des politischen Unternehmens Kodifikation war indes, dass von politischen Akteuren gerade keine substantiellen Gestaltungsansprüche auf den Plan treten konnten. Wesentlich war also, dass es gelang, einen Freiraum zu schaffen, in dem allen voran Richter und Ministerialbeamte die Entwürfe in einem Rahmen erarbeiten konnten, in dem sich Konflikte nicht politisch zuspitzen konnten.²⁶

Demgegenüber wirkt die derzeitige Diskussion um ein Europäisches Privatrecht von Reflexionen der nationalen Kodifikationsprojekte und ihrer gesellschaftlichen und politischen Kontexte merkwürdig unberührt. Vielmehr scheint es so, als wollten einige Akteure einen europäischen Kodifikationsakt mit dem gleichen Ansatz bewältigen, wie ihre deutschen Vorgänger vor mehr als 100 Jahren:

„Schließlich hat die Rechtswissenschaft ... eine zusätzliche Hilfe geleistet. Denn der praxisfernen Pandektistik war es mittels der begriffsjuristischen Methode gelungen, den empfindlichen Stoff der in die Kodifikation aufzunehmenden Regeln im eigenen wie im allgemeinen Bewusstsein von der Säure der sich aufstauenden sozialen Konflikte zu isolieren ... [Die Zivilgesetzbücher] waren nicht die Kompromissformeln hart kämpfender Politiker, sondern das in wohlthuender Distanz von tagespolitischen Forderungen technisch ausgefeilte Werk ‚streng wissenschaftlich gesonnener‘ Juristen“.²⁷

23 Uwe Wesel, *Geschichte des Rechts. Von den Frühformen bis zum Vertrag von Lissabon*, München 1997, 434.

24 Zur gesellschaftlichen Funktion von Savignys Position im Verhältnis zum absolutistischen Staat siehe Dieter Grimm, „Grundrechte und Privatrecht in der bürgerlichen Sozialordnung“, in: Grimm, Dieter (Hg.), *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, Frankfurt am Main 1987, 205 f.

25 Programmatisch schon Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*. Werke 7, Frankfurt am Main 1986 (1821), 363 (§ 211).

26 Einen eindrucksvollen Beleg dieser Charakterisierung liefert die Darstellung der Entstehung bei Werner Schubert, *Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB: Einführung, Biographien, Materialien*, Berlin et al. 1978.

27 Friedrich Kübler, „Kodifikation und Demokratie“, *Juristenzeitung* 1969, 645-651, 646; siehe auch Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen*

Ersetzte man hier die „begriffsjuristische Methode“ durch die „rechtsvergleichende Methode“, käme man wohl erstaunlich nah an das authentische Selbstverständnis der Autoren des Referenzrahmenentwurfs heran. Doch es genügt eben nicht, eine Gruppe wissenschaftlich gesonnener Juristen zusammenzurufen. Historisch war es nur möglich, die Arbeit dieser Juristen auch zum Privatrechtsgesetz werden zu lassen, weil ein hegemonialer Konsens der politisch und gesellschaftlich noch führenden bürgerlichen Schichten über wesentlichen Inhalt und Funktion der Kodifikation bestand.²⁸ Es ging nicht um die Bearbeitung industriemoderner Konflikte oder gar um soziale Reformen, sondern darum, den bestehenden rechtlichen Rahmen der eigentlich gerade schon vergangenen gesellschaftlichen Ordnung nachzuzeichnen.²⁹ Aber gar nicht einmal vordringlich in dieser Funktion, sondern allem voran als Projekt zur Herstellung von Rechtseinheit fand die Kodifikation breite Unterstützung, in parteipolitischer Hinsicht vor allem seitens der liberalen Parteien, des Zentrums und wesentlichen Teilen der Konservativen.³⁰ Im Zeitpunkt der Kodifikation des deutschen Privatrechts im BGB bestand also eine Interessenshomogenität der an der Gestaltung (und sei es über Vetopositionen) maßgeblich Beteiligten. Die allein erlaubte es, die Privatrechtskodifikation den Juristen als Projekt der Konsolidierung zu übertragen. Die Anhänger europäischer Privatrechtskodifikation durch die Wissenschaft der Rechtsvergleichung sollten vielleicht erläutern, warum sie glauben, heute auf die gesellschaftliche Voraussetzung hinreichender Interessenshomogenität einfach verzichten zu können.

Aber nicht nur als Versuch historischer Wiederholung³¹ ist das Ansinnen einer europäischen Privatrechtskodifikation zu kritisieren, sondern auch aus der Perspektive einer soziologisch interessierten Privatrechtstheorie. Das Privatrecht bildet ungeachtet seiner einfachgesetzlichen Natur so etwas wie den Kern der Gesellschaftsverfassung im Kontrast zur politischen Staatsverfassung. Es legt Modus und Grundregeln gesellschaftlicher Interaktion fest. Ursprünglich unter den Vorzeichen strikter Trennung von Staat und Gesellschaft geboren,³² muss es den historischen Wandel dieses Verhältnisses reflektieren.

Entwicklung, Göttingen 1967, 473 und Staudinger-Coing/Honsell, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Einleitung zum BGB (2004), Rn. 92 ff.

28 Franz, Wieacker (Fn. 27), 478 f.

29 Staudinger-Coing/Honsell (Fn. 27), Rn. 30.

30 Staudinger-Coing/Honsell (Fn. 27), Rn. 19 ff.; die breite Unterstützung spiegelte sich im Abstimmungsergebnis im Reichstag vom 1.7.1896: 233 Ja-Stimmen, 48 Nein-Stimmen, 18 Enthaltungen (vgl. a. a. O., Rn. 88).

31 Karl Marx, Der achtzehnte Brumaire des Louis Bonaparte, in: Marx Engels Werke, Berlin 1972 (1852), 115.

32 Dieter Grimm, Zur politischen Funktion der Trennung von öffentlichem und privatem Recht in Deutschland, in: Grimm (Hg.) (Fn. 24), 84-103.

Die wesentliche Transformation von Staatlichkeit im 20. Jahrhundert macht den Wandel vom Rechtsstaat zum Sozialstaat aus. Mit Bezug auf die Kodifikation des Privatrechts des Sozialstaats hatte Friedrich Kübler bereits Ende der 60er Jahre festgehalten, dass die staatliche Durchdringung der gesellschaftlichen Sphäre auch zu einer Steigerung der Komplexität des Privatrechts führt. Und zugleich sorgt die Präsenz des Staatlichen in der gesellschaftlichen Sphäre dafür, dass die von den Normen des Privatrechts berührten gesellschaftlichen Interessen nicht mehr bereit sind, die Privatrechtsgesetzgebung einer Gruppe streng wissenschaftlich gesonnener Juristen zu überlassen.³³ Die gesamtgesellschaftliche Entwicklung unter sozialstaatlichen Vorzeichen schlägt sich also in einer Ausdifferenzierung des Rechts nieder, die die Vorstellung zu blamieren scheint, dass sich die komplexen und zisierten rechtlichen Entwicklungen noch in Form einer Kodifikation abstrahieren und verdichten lassen.³⁴

Durch den seit den 80er Jahren des letzten Jahrhunderts beobachteten Formwandel des Sozialstaates vom Interventions- zum Gewährleistungsstaat³⁵ sind die Dinge für das Privatrecht und seine Kodifizierung nicht einfacher geworden. Schließlich ist der Gewährleistungsstaat dadurch gekennzeichnet, dass eine Vielzahl öffentlicher Funktionen und Güter unter Inanspruchnahme privatrechtlicher Formen geschaffen und bereitgestellt werden. Dies fordert dem Privatrecht erhebliche Anpassungsleistungen ab, denn die öffentliche Funktion kann eben nicht mehr durch eine dem Privatrecht äußere autonome Ordnung, durch Öffentliches Recht, garantiert werden, sondern muss in den privatrechtlichen Formen selbst repräsentiert werden. Das bedeutet, dass zwar die privatrechtlichen Grundformen, vor allem Person, Eigentum, Vertrag und Haftung bestehen bleiben, jedoch ihre Artikulation in Gestalt von kodifizierten Normen ihre neue Funktion im gewährleistenden Sozialstaat reflektieren muss.

Unter diesen Prämissen erscheint schon im nationalen Rahmen eine umfassende Re-Kodifikation des geltenden Privatrechts kaum zu bewältigen. Die deutsche Schuldrechtsreform von 2002 steht diesem Befund nicht entgegen, sondern unterstreicht ihn. Denn die Reform traute sich gerade anders als das ur-

33 Friedrich Kübler (Fn. 27), 647.

34 Ebenda; zum Kontrast-Mythos des BGB: Gert Brüggemeier, „Gesellschaftliche Recht-Fertigung oder ‚Der Kodex als Irritation des Rechts‘ – eine Glosse“, in: Joerges, Christian/Teubner, Gunther (Hg.), *Rechtsverfassungsrecht. Recht-Fertigung zwischen Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftstheorie*, Baden-Baden 2003, 101-112.

35 Hierzu Claudio Franzius, „Der ‚Gewährleistungsstaat‘. Ein neues Leitbild für den sich wandelnden Staat?“, *Der Staat* 2003, 493; Gunnar Folke-Schuppert, „Der Gewährleistungsstaat – modisches Label oder Leitbild sich wandelnder Staatlichkeit?“, in: Folke-Schuppert, Gunnar (Hg.), *Der Gewährleistungsstaat – Ein Leitbild auf dem Prüfstand*, Baden-Baden 2005, 11-52.

sprüngliche Projekt der Schuldrechtsüberarbeitung³⁶ und auch anders als der Titel „Schuldrechtsreform“ suggeriert nicht einmal einen neuen Wurf des gesamten Schuldrechts zu, sondern nur bestimmte Aspekte des Vertragsrechts und die Verjährung. Insbesondere die gesetzlichen Schuldverhältnisse blieben unberührt, vom übrigen Allgemeinen Teil und vom Sachenrecht ganz zu schweigen. Soweit es aber zu Neuregelungen gekommen ist, die – ähnlich wie bei der Entstehung des BGB – inhaltlich vor allem auf die Kodifikation von Richterrecht zielten³⁷, sind Abstraktionen in Gestalt klarer Regelungen nicht gelungen. Vielmehr bleibt der Rechtsbestand vielfach auch in Gesetzesform ebenso offen und unbestimmt wie in der vorherigen Form als Fallrechtsprechung.³⁸ Die Schuldrechtsreform von 2002 erscheint vor diesem Hintergrund eher als Dokument der Unmöglichkeit der Kodifikation modern ausdifferenzierten Fallrechts.³⁹

Der Grund dafür, dass die Schuldrechtsreform überhaupt gelang, lag in der Verbindung aus politischem Willen der rot-grünen Regierung, der geschickten Auswahl der juristischen Experten, der Einbeziehung auch der kritischen wissenschaftlichen Stimmen und der breiten Beteiligung wirtschaftlicher Kreise. Anders hätten sich die massiven wissenschaftlichen und politischen Widerstände kaum niederringen lassen. Wie viel größer müssen derartige Widerstände erst sein, wenn, anders als im Fall der deutschen Schuldrechtsreform, nicht nur die abstrahierende Verdichtung einer an sich weitgehend unstrittigen Rechtslage in Rede steht, sondern die Schöpfung eines neuen Gesetzestextes in Gestalt einer Synthese der besten Regeln aus den nationalen Privatrechtsordnungen.⁴⁰

Indessen kann man am Beispiel der deutschen Schuldrechtsreform ablesen, welcher Gestaltungsspielraum dem demokratischen Gesetzgeber in modernen Kodifikationsprojekten tatsächlich noch verbleibt, nämlich keiner.⁴¹ Selbst die Fachleute unter den Abgeordneten sind nicht in der Lage, die Komplexität eines Kodifikationsvorhabens gestaltend zu bewältigen und jedwede Gestaltungsansprüche stellen sich als Gefährdungen des gesamten Projektes dar. Es

36 Bundesministerium der Justiz (Hg.), Abschlussbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, Köln 1992.

37 Prominent insbesondere die Vorschriften zur *culpa in contrahendo* (§ 311 Abs. 2 BGB) und zum Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB).

38 Dazu Barbara Dauner-Lieb, „Kodifikation von Richterrecht“, in: Ernst, Wolfgang/Zimmermann, Reinhard (Hg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform, Tübingen 2001.

39 Dazu grundsätzlich auch schon Josef Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts. Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre, Tübingen 1956, 142, 221 ff., 242 ff.

40 Antonioli/Fiorentini/Gordley (Fn. 8), 358.

41 Zweite und Dritte Lesung im Bundestag nahmen insgesamt ganze eineinhalb Stunden in Anspruch (vgl. Plenarprotokoll 14/192 vom 11.10.2001, 18745 A). Zum Ertrag siehe auch Rainer Schröder und Jan Thiessen, „Von Windscheid zu Beckenbauer – die Schuldrechtsreform im Deutschen Bundestag“, Juristenzeitung 2002, 325-329.

kommt hinzu, dass der politische Gestaltungsmodus mit dem ihm wesentlichen Moment des Aushandelns von Kompromissen für die Wahrung systematischer Kohärenz, die der Erlass einer Kodifikation eigentlich beanspruchen muss, wenig günstig ist.

Doch richtet sich dieser Befund nun gerade nicht gegen die Idee einer demokratischen Gestaltung des Privatrechts. Er richtet sich gegen die Idee demokratischer Gestaltung durch umfassende Kodifikation. Privatrechtsentwicklung muss sich heute in erster Linie in der Gestalt inkrementalistischer Züge der Rechtsprechung vollziehen. Sie wird dabei vor allem begleitet von einer Fachöffentlichkeit, die die in einzelnen Fällen eingeschlagenen Linien erläutert, ausleuchtet und (kontrovers) bewertet. Vor diesem Hintergrund geht die Rechtsprechung die nächsten Schritte. Der demokratische Gesetzgeber tritt auf, wann immer sich durch die Rechtsprechung oder die Entwicklung der Dinge in der Welt Schwierigkeiten ergeben, die eine punktuelle Politisierung mit oder ohne Beteiligung der breiteren Öffentlichkeit ermöglichen.⁴² Demgegenüber ist Kodifikation, wie gezeigt, bereits an sich ein heute kaum mehr zu bewältigendes Unterfangen. Als demokratisches Unternehmen ist es unmöglich. Insofern ist nichts besser geeignet, demokratische Gestaltungsansprüche von vorneherein auszugrenzen, als Privatrechtsgesetzgebung in Kodifikationsgestalt auf die Tagesordnung zu setzen. Die Ausgrenzung der demokratischen Sphäre wird noch vielfach gesteigert, wenn es um eine Synthetisierung „bester Regeln“ aus 27 nationalen Privatrechtsordnungen und mehreren Rechtsfamilien geht. Das, und nicht etwa ein Streit um den besonderen Charakter des Privatrechts, ist die demokratische Kernproblematik des Gemeinsamen Referenzrahmens, gelesen als Vorstufe zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch.

IV. Gesellschafts- ohne Politikverfassung?

Aber noch vor einem anderen Hintergrund verwundert die gewisse Unbeirrbarkeit der Verfechter des europäischen Privatrechtsprojekts. Die Privatrechtskodifikationen Frankreichs, Deutschlands und Italiens dienten stets nicht nur der Herstellung rechtlicher Einheit, sondern auch der Kreation nationaler Einheit.⁴³ Das mag einige Protagonisten eines Europäischen Privatrechts sogar positiv antreiben: Ein Europäisches Zivilgesetzbuch wäre tatsächlich ein enormer

42 Christian Joerges, „Zur Legitimität der Europäisierung des Privatrechts“, in: Joerges/Teubner (Hg.) (Fn. 34), 183-212, 187 f.; Gert Brüggemeier, *Prinzipien des Haftungsrechts. Eine systematische Darstellung auf rechtsvergleichender Grundlage*, Baden-Baden 1999, 31.

43 Reinhard Zimmermann, in: Schmoeckel, Mathias/Rückert, Joachim/Zimmermann, Reinhard (Hg.), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Tübingen 2003, vor § 1 Rn. 9; Staudinger-Coing/Honsell (Fn. 27), Rn. 19 ff.

Schritt hin zur gesellschaftlichen Integration Europas. Alle Europäer wären Bürger einer einheitlichen Ordnung gleicher bürgerlicher Freiheit. Doch der Bürger der Gesellschaftsverfassung hat – das ist die (in Deutschland verspätet verwirklichte) Errungenschaft der Moderne – einen Zwilling, nämlich den Bürger der politischen Verfassung.⁴⁴ Beide Verfassungen, die politische und die bürgerliche, bilden eine Einheit, wobei die politische Verfassung lediglich einen kleinen performativen Vorsprung hat: Entsprechend den Regeln der politischen Verfassung geben sich die Bürger eine Ordnung gleicher Freiheit als bürgerliche Verfassung in Gestalt des Privatrechts.

Sicherlich, es gibt Beispiele, in der die Einheit nur partiell verwirklicht ist. So erfasst die politische Verfassung alle U.S.-Amerikaner, doch die bürgerliche Verfassung ist auf föderaler Ebene nicht vollständig, sondern etwa im Bereich von Deliktsrecht und Familienrecht bestehen die einzelstaatlichen Privatrechtsordnungen fort. Das Projekt eines Europäischen Privatrechts zielt auf einen umgekehrten Zustand, für den es heute keine Vorbilder mehr gibt: Die bürgerliche Verfassung soll europäisch werden, während die politischen Verfassungen, also die Einheit, in der den Mitgliedern demokratische Gleichheit als Bürgern zukommt, national bleiben. Als die Bürger Europas, zumindest Teile von ihnen, gefragt wurden, ob sie eine politische Verfassung Europas wünschen, haben sie deutlich abgelehnt. Der Reform-Vertrag von Lissabon kann sich eben nicht einmal mehr als symbolischer Vorgriff auf eine solche künftige Verfassung verstehen. Glauben die Verfechter nun, sie könnten den Bürgern der Mitgliedstaaten wirklich weismachen, dass sie eine einheitliche bürgerliche Verfassung haben sollen, auch wenn sie keine politische Verfassung wollen? Oder will man etwa ein Europäisches Privatrecht von der emphatischen Idee einer bürgerlichen Verfassung gleicher Freiheit lösen und als technisches Erfordernis des Binnenmarktes verkaufen? Die europäischen Bürger (und viele ihrer Privatrechtslehrer) dürften da einmal mehr nicht mitmachen.

44 Bei Friedrich Kübler heißt es im historischen Rückblick: „[Die Gesetzbücher] sind zugleich die Dokumente der liberalen Revolution: mit den Kodifikationen befreit sich die bürgerliche Gesellschaft von den vorgegebenen Rechtsstrukturen des *ancien régime*; in ihnen schafft sie sich ihre auf den Konsens aller Einsichtigen gegründete Verfassung. *Damit ebnet sich der Weg zum demokratischen Gemeinwesen*, das das Recht in die Form des Gesetzes kleidet und dieses der Legitimation des Mehrheitswillens unterwirft.“ (Friedrich Kübler, „Traumpfade oder Holzwege nach Europa“, *Rechtshistorisches Journal* 1993, 307-314, 310; meine Hervorhebung, F.R.).

Lieferbare ZERP-Diskussionspapiere seit 2002*

(in Papierform = P bzw. als elektronische Kopie = E*)

* Eine komplette Liste der ZERP-DP seit 1982 und der seit 2009 online abrufbaren ZERP-Arbeitspapiere finden Sie unter <<http://www.zerp.eu>> (Publikationen)

- DP 3/10 *Michelle Everson / Frank Rodriguez*, What Can the Law do for the European System of Central Banks? Good Governance and Comitology 'within' the System, Dezember 2010 (P/E)
- DP 2/10 *Andreas Fischer-Lescano*, Europäische Rechtspolitik als transnationale Verfassungspolitik. Soziale Demokratie in der transnationalen Konstellation, Februar 2010 (P/E)
- DP 1/10 *Andreas Fischer-Lescano / Christian Joerges / Arndt Wonka (Hrsg.)*, The German Constitutional Court's Lisbon Ruling: Legal and Political-Science Perspectives, Januar 2010 (P/E)
- DP 3/09 *Andreas Fischer-Lescano/Lena Kreck*, Piraterie und Menschenrechte, Rechtsfragen der Bekämpfung der Piraterie im Rahmen der europäischen Operation Atalanta, Juni 2009 (P/E)
- DP 2/09 *Poul F. Kjaer*, Three-dimensional Conflict of Laws in Europe, März 2009 (P/E)
- DP 1/09 *Florian Rödl*, Europäische Arbeitsverfassung, Februar 2009, (P/E)
- DP 8/08 *Sjef van Erp*, Security interests: A secure start for the development of European property law, November 2008 (P/E)
- DP 7/08 *Sergio Nasarre Aznar*, Eurohypotheec & Eurotrust. Two instruments for a true European mortgage market after the EC White Paper 2007 on the Integration of EU Mortgage Credit Markets, September 2008 (P/E)
- DP 6/08 *Tobias Pinkel*, Das Buch VI des Entwurfs eines Gemeinsamen Referenzrahmens (DCFR): Nichtvertragliche Schuldverhältnisse aus Schädigung Dritter. Eine kritische Analyse des Modellgesetzes eines europäischen Deliktsrechts, August 2008 (P/E)
- DP 5/08 *Julia Cassebohm*, Beitritt der Europäischen Union zur Europäischen Menschenrechtskonvention – Voraussetzungen, Wege und Folgen, Juli 2008 (P/E)
- DP 4/08 *Claudio Franzius*, Der Vertrag von Lissabon am Verfassungstag: Erweiterung oder Ersatz der Grundrechte?, Juli 2008 (P/E)
- DP 3/08 *Konrad Schober*, Vom Verfassungsvertrag zum Reformvertrag. Das Gesetzgebungsverfahren der Europäischen Union zur Polizeilichen und Justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen, Juni 2008 (P/E)
- DP 2/08 *Christian Joerges/Florian Rödl*, Von der Entformalisierung europäischer Politik und dem Formalismus europäischer Rechtsprechung im Umgang mit dem „sozialen Defizit“ des Integrationsprojekts, Ein Beitrag aus Anlass der Urteile des EuGH in den Rechtssachen Viking und Laval, März 2008 (E)
- DP 1/08 *Aurelia Colombi Ciacchi*, Internationales Privatrecht, *ordre public européen* und Europäische Grundrechte, Februar 2009 (P/E)

- DP 1/07 *Christian Joerges*, Integration durch Entrechtlichung? Ein Zwischenruf, August 2007 (P/E)
- DP 7/06 *Norbert Reich*, A Common Frame of Reference (CFR) – Ghost or host for integration?, Oktober 2006 (E)
- DP 6/06 *Maria Paola Ferretti*, Participation, Democratic Deficit and Good Regulation. A Case Study of Participatory Strategies in the European Regulation of GMO Products, September 2006 (P/E)
- DP 5/06 *Ralf Michaels*, EU Law as Private International Law? Re-conceptualising the Country-of-Origin Principle as Vested Rights Theory, August 2006 (P/E)
- DP 4/06 *Christoph U. Schmid*, The ECJ as a Constitutional and a Private Law Court. A Methodological Comparison, Juni 2006 (P/E)
- DP 3/06 *Klaus Sieveking*, ECJ Rulings on Health Care Services and Their Effects on the Freedom of Cross-Border Patient Mobility in the EU, April 2006 (P/E)
- DP 2/06 *Mel Kenny*, Constructing a European Civil Code: *Quis custodiet ipsos custodies?*, Februar 2006 (P)
- DP 1/06 *Christian Joerges*, Der Europäisierungsprozess als Herausforderung des Privatrechts: Plädoyer für eine neue Rechts-Disziplin, Januar 2006 (P/E)
- DP 4/05 *Nuno Ferreira*, Revisiting Euthanasia: A Comparative Analysis of a Right to Die in Dignity, November 2005 (P/E)
- DP 3/05 *Joanna Krzemska*, Free Speech Meets Free Movement – How Fundamental really is ‘Fundamental’? The Impact of Fundamental Rights on Internal Market Law, August 2005 (E)
- DP 2/05 *Aydan Bashlinskaya*, Der rechtliche Gehalt der Gemeinsamen Sicherheits- und Verteidigungspolitik der Europäischen Union (GESVP) und ihre Vereinbarkeit mit dem deutschen Grundgesetz, Mai 2005 (E)
- DP 1/05 *Eric A. Engle*, Alien Torts in Europe? Human Rights and Tort in European Law, Februar 2005 (E)
- DP 1/04 *Josef Falke*, Normung und Dienstleistungen. Anforderungen und Handlungsspielräume nach dem Allgemeinen Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS), Februar 2004 (E)
- DP 2/03 *Carl Otto Lenz*, Das deutsch-französische Verhältnis und sein Einfluss auf die Europäische Union, Dezember 2003 (E)
- DP 1/03 *Christine Godt*, Streit um den Biopatentschutz: Stoffschutz, Patente auf Leben und Ordre Public. Nationaler Gestaltungsspielraum bei der Umsetzung der Europäischen Biopatentrichtlinie, Dezember 2003 (E)
- DP 4/02 *Michael W. Schröter*, Lebensmittelrechtliche Vorsorge als Rechtsprinzip – nationale, europäische und welthandelsrechtliche Aspekte, Dezember 2002 (E)
- DP 3/02 *Ailine Wolff-Pfisterer*, Sprache als Freizügigkeitshindernis in der EU - Sprachliche Anforderungen an ausländische EG-Bürger im Rahmen der Anerkennung von Befähigungsnachweisen für den Berufszugang und die Berufsausübung, Oktober 2002 (E)

- DP 2/02 *Nikola Lafrenz*, Die Pflegeversicherung als Teil der Krankenversicherung im Sozialrecht der Europäischen Union – Die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes, Oktober 2002 (E)
- DP 1/02 *Anita Boeker*, The Establishment Provisions of the Europe Agreements: Implementation and Mobilisation in Germany and the Netherlands, April 2002 (P/E)